

**„Der bestohlene Dieb“ —
Diskussion über die Schutzgüter
beim Diebstahl**

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der Fakultät für Rechtswissenschaft

der Universität Regensburg

vorgelegt von

Hao-Feng Chung

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Michael Pawlik

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Bernd von Heintschel-Heinegg

Tag der mündlichen Prüfung: 28. Juli 2016

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
 A. Die betroffenen Schutzgüter beim Diebstahl nach der Auffassung im Schrifttum.....	3
I. Die Einstellungen im Überblick.....	3
II. Begriffe „Eigentum“ und „Eigentumsverletzung“ im Sinne des § 242 StGB.....	4
1. Definition des Rechtsguts „Eigentum“ in § 242 StGB.....	4
2. Eigentumsverletzung beim Diebstahl.....	5
III. Der Gewahrsamsbegriff in § 242 StGB — Die herrschende Auffassung: faktischer Gewahrsamsbegriff	6
1. Bestehen des tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses	7
2. Vorhandensein des natürlichen Herrschaftswillens.....	9
a) Begriffliche Grundlage	9
b) Genereller, potenzieller und antizipierter Herrschaftswille	10
3. Gewahrsamsbegriff in § 242 StGB im Vergleich zum Besitzbegriff im BGB	11
a) Gewahrsam des Besitzdieners.....	11
b) Gewahrsam des mittelbaren Besitzers	12
c) Vererblichkeit des Besitzes.....	13
 B. Die Diskussion über die Schutzwürdigkeit des (unrechtmäßigen) Gewahrsams innerhalb der herrschenden Meinung – „Gewahrsam und Eigentum als selbstständige Schutzgüter des § 242 StGB“	14
I. Aufrechterhaltung der rechtlichen Friedensordnung durch den Besitzschutz in §§ 858 ff. BGB als Grund für den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB?	15
1. Meinungsstand	15
a) Überblick	15
b) Zweck und Voraussetzungen des Besitzschutzes im BGB.....	16
c) Vergleichbarkeit des Besitzschutzes im BGB mit dem Gewahrsamsschutz in § 242 StGB.....	18
2. Kein umfassender Gewahrsamsschutz in § 242 StGB im Vergleich zum Besitzschutz in §§ 858 ff. BGB.....	18
3. Schutz des rechtmäßigen Gewahrsams- oder Besitzinhabers in anderen strafrechtlichen Vorschriften gegen Vermögenswerte	20
a) Der beschränkte Gewahrsamsschutz in § 248b StGB.....	21

b) Der beschränkte Gewahrsamsschutz in § 289 StGB.....	22
c) Fazit.....	24
4. Diebstahl als Delikt gegen die Allgemeinheit?	24
5. Vernachlässigung der Selbständigkeit des Strafrechts	26
II. Bewahrung der Rechtsordnung als selbständiger Grund für den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB?.....	29
1. Meinungsstand	29
2. Parallele Diskussionslage bei Betrug und Nötigung	30
3. Begründungswiderspruch nach der Meinung <i>Bruns'</i>	31
4. Diebstahl, Betrug und Nötigung als Delikte gegen die Allgemeinheit?	32
III. Gewahrsamsverhältnis als generelle Rechtsvermutung des Gewahrsamsinhabers?.....	35
1. Meinungsstand	35
2. Begründungswiderspruch nach der Meinung <i>Gerlands</i>	36
3. Gewahrsamsschutz in § 242 StGB aufgrund genereller Eigentumsvermutung oder Rechtsvermutung zugunsten des Besitzers in §§ 858 ff. BGB?.....	38
4. Gewahrsamsschutz in § 242 StGB aufgrund der Rechtsvermutung zugunsten des Besitzers in §§ 1006, 1065, 1227 BGB?.....	39
a) Überblick	39
b) Anwendbarkeit der §§ 1006, 1065, 1227 BGB etwa beim „Diebesdiebstahl“.....	40
c) Verstoß gegen den Ermittlungsgrundsatz, die freie Beweiswürdigung und den Grundsatz <i>in dubio pro reo</i> im Strafverfahren.....	42
5. § 242 StGB als unechtes Verletzungsdelikt?	46
IV. Haftungspflicht des Gewahrsamsinhabers insbesondere gegenüber dem Eigentümer als Grund für den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB?	48
V. Gewahrsamsschutz in § 242 StGB aufgrund der gegenüber § 246 StGB erhöhten Strafandrohung?	50
1. Fehlende Begründungskraft dieser Auffassung bei § 242 aF StGB gegenüber § 246 aF StGB	51
2. Fehlende Begründungskraft dieser Auffassung bei § 242 nF StGB gegenüber § 246 nF StGB	53
a) Überblick	53
b) § 246 nF StGB als Grundtatbestand aller Zueignungsdelikte	54

c) § 246 nF StGB als Auffangtatbestand aller Zueignungsdelikte ..	54
d) Fazit.....	55
VI. Gewahrsamsverhältnis als tatsächliches oder wirtschaftliches Herrschaftsverhältnis?	56
VII. Keine Schutzwürdigkeit des unrechtmäßigen Gewahrsams?.....	57
VIII. Zusammenfassung.....	59

C. Die Diskussion über die Beeinträchtigung des (unrechtmäßigen) Gewahrsams innerhalb der Meinung „Eigentum als das alleinige Schutzgut des § 242 StGB“

I. Übersicht über die „Eigentums“-Position und den Argumentationsgang in diesem Abschnitt	62
II. Begründung der alleinigen Rechtsgutseigenschaft des Eigentums in § 242 StGB.....	64
1. Funktionale Bedeutung des Gewahrsams für das Eigentum	64
a) Meinungsstand	64
b) Kritik	64
2. Der Zusammenhang zwischen Wegnahme und Zueignungsabsicht in § 242 StGB.....	65
a) Meinungsstand	65
b) Gegenauffassung im Schrifttum und die kritische Würdigung ..	66
3. Eigentum als Gegenstand der Zueignungsabsicht in § 242 StGB ..	68
4. Der Zusammenhang zwischen Wegnahme und Fremdheit in § 242 StGB	68
5. Zwischenergebnisse	69
III. Entziehung des (rechtswidrigen) reinen Gewahrsams durch weiteren Diebstahl als die erneute Eigentumsverletzung gemäß § 242 StGB ..	70
1. Faktische Steigerung der Verlustwirkung des Eigentümers als die erneute Eigentumsverletzung in § 242 StGB beim „Diebesdiebstahl“?	70
a) Die ursprüngliche Diskussion beim Betrug und bei der Hehlerei sowie deren Anwendbarkeit auf den Diebstahl	70
b) Aufrechterhaltung des Sachverlustes des Eigentümers statt der faktisch vertieften Verlustwirkung des Eigentümers beim „Diebesdiebstahl“.....	72
c) Aufrechterhaltung des Sachverlustes des Eigentümers als das weitere Schutzgut des § 242 StGB beim „Diebesdiebstahl“? ...	73
d) Fazit.....	75

2. Verschlechterung tatsächlicher Restitutionsmöglichkeit oder Nichtanerkennung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers aus § 985 BGB als die erneute Eigentumsverletzung des § 242 StGB beim Diebesdiebstahl?.....	76
a) Meinungsstand und Diskussion im Schrifttum	76
b) Kritische Würdigung	78
c) Nichtanerkennung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers aus § 985 BGB als weitere selbständige Rechtsgutsverletzung des § 242 StGB beim „Diebesdiebstahl“?.....	79
aa) Nichtanerkennung des gegen den 1. Dieb gerichteten Herausgabeanspruchs des Eigentümers aus § 985 BGB 80	
bb) Nichtanerkennung des gegen den 2. Dieb gerichteten Herausgabeanspruchs des Eigentümers aus § 985 BGB 82	
d) Fazit.....	84
3. Beeinträchtigung des vom Gesetz konstituierten Herrschaftsbereichs des Eigentümers als die erneute Eigentumsverletzung des § 242 StGB beim „Diebesdiebstahl“?	85
a) Meinungsstand	85
b) Kritik im Schrifttum und die eigene Auffassung.....	86
4. Zwischenergebnisse	88
IV. Bestrafung des „Diebesdiebstahls“ nach § 246 StGB?.....	88
V. Zusammenfassung	90

D. Die Diskussion über die Schutzwürdigkeit des (unrechtmäßigen) Gewahrsams innerhalb der Meinung „Gewahrsam als das alleinige Schutzgut des § 242 StGB“

I. Gewahrsam im wirtschaftlichen Sinne als das alleinige gegen Diebstahl geschützte Rechtsgut	93
1. Meinungsstand	93
2. Die Bedeutung der „Fremdheit“ im Sinne des § 242 StGB.....	94
3. Zwischenergebnisse	95
II. Parallele Diskussionslage — das wirtschaftliche Vermögen als Rechtsgut der Vermögensdelikte und der Schutz des unrechtmäßigen Besitzes gegen Vermögensdelikte	96
1. Meinungsstand	96
2. Vermögenszuordnung nach dem wirtschaftlichen, tatsächlichen Machtverhältnis.....	98
III. Kritische Würdigung der freiheitstheoretischen Grundlage des	

wirtschaftlichen Vermögensbegriffs: Schutz der naturalistischen Freiheit	100
IV. Zusammenfassung	102
E. Das im (unrechtmäßigen) Gewahrsam verkörperte allgemeine subjektive staatsbürgerliche Recht des Gewahrsamsinhabers als die rechtlich garantierte persönliche Freiheit neben Eigentum in § 242 StGB.....	104
I. Die Grundlage und der freiheitsgesetzliche Zusammenhang des Rechtsgüterschutzgedankens	104
II. Die freiheitsgesetzlichen Mängel der Rechtsgutstheorie und ihr Einfluss auf die Diskussion über die Schutzgüter des § 242 StGB.	105
III. Rechtsverhältnis als interpersonales Zuständigkeitsverhältnis von Täter und Opfer: Schutz des staatsbürgerlichen Rechts des Gewahrsamsinhabers durch § 242 StGB	106
IV. Die rechtsphilosophische Grundlage des staatsbürgerlichen Rechts	107
1. Der auf natürlicher Freiheit begründete Gesellschaftsvertrag bzw. Staatsbegriff — <i>Thomas Hobbes</i>	107
a) Naturzustand und Gesellschaftsvertrag bei <i>Hobbes</i>	107
b) Kritik des <i>Hobbesschen</i> Gesellschaftsvertrags.....	108
2. Der auf normativer Freiheit begründete Gesellschaftsvertrag bzw. Staatsbegriff — <i>Immanuel Kant</i>	109
a) Freiheitsbegriff , Naturzustand und Staatskonzept bei <i>Kant</i> ...	109
b) Unanwendbarkeit des <i>Kantischen</i> Staatsbegriffs zur Begründung des staatsbürgerlichen Rechts des Gewahrsamsinhabers im Falle des „Diebesdiebstahls“	111
3. Wirklichkeit als Grund vernünftiger praktischer Freiheit — <i>Georg Wilhelm Friedrich Hegel</i>	112
a) Freiheitsbegriff <i>Hegels</i> und Staat als Wirklichkeit der objektiven Freiheit	112
b) Staatskonzept <i>Hegels</i> und juristische Praxis in Deutschland als die Begründung staatsbürgerlichen Rechts des Gewahrsamsinhabers in § 242 StGB	115
Schlussfolgerung.....	117
Literaturverzeichnis.....	118

Einleitung

Seit geraumer Zeit ist der Diebstahl als strafrechtliches Delikt geregelt und stellt die Grundform des Eigentumsdelikts dar. Die rechtsphilosophische Grundlage der Bestrafung des Diebstahls auszuführen, kann dazu beitragen, den rechtstheoretischen Ausgangspunkt der Pönalisierung des Eigentumsdelikts herauszufinden. Um die rechtsphilosophische Grundlage der Bestrafung des Diebstahls zu erlangen, wählt der Verfasser den Streitfall „Diebesdiebstahl“ als Untersuchungsgegenstand der Arbeit aus. Wenn etwa beim „Diebesdiebstahl“ der Schutz des bestohlenen Diebs, der nicht berechtigt ist die Sache in seinem Gewahrsam zu behalten und somit nicht schutzwürdig scheint, auf der rechtstheoretischen Basis überzeugend zu begründen ist, ist es einfacher, die rechtsphilosophische Grundlage der Bestrafung des Diebstahls bzw. des Eigentumsdelikts zu schaffen. Dass sich die Arbeit mit dem Einzelfall „Diebesdiebstahl“ beschäftigt, dient ferner einem bestimmten Zweck: Wenn auf den konkreten Streitfall „Diebesdiebstahl“ eine klare Antwort aufgrund der Strafrechtstheorie gegeben werden kann, ist darauf hinzuweisen, dass Strafrechtstheorie bzw. Rechtsphilosophie nicht als Fata Morgana zu verstehen ist; vielmehr kann sie einen Beitrag zur praktischen Lösung des heiklen Einzelfalls leisten.

Heutzutage behandeln die deutschen Strafrechtswissenschaftler den Streitfall „Diebesdiebstahl“ gemäß § 242 StGB und nach der Annahme der Rechtsgutstheorie. Nach dem Rechtsgüterschutzgedanken muss zuerst festgelegt werden, welches Schutzgut des § 242 StGB der Täter beim „Diebesdiebstahl“ beeinträchtigt. Nach der überwiegenden Auffassung besteht die Aufgabe des Strafrechts bei Delikten gegen die Person darin, die Rechtsgüter des Einzelnen zu gewährleisten. Die Schutzgüter der Delikte gegen die Person stellen die durch Strafrecht zu schützenden Interessen einer Person dar, die zur Verwirklichung ihres sozialen Lebens benötigt werden. Die benötigten Interessen einer Person in ihrem sozialen Leben bedeuten die handgreiflichen Ressourcen, die ihr als ihr rechtliches Vermögen zuteil werden und durch deren Gebrauch die Person ihr soziales Leben eigenständig ausführen kann. Besitz der Ressourcen ist daher als das selbständige Arrangement des sozialen Lebens einer Person und die freie Entwicklung ihrer Persönlichkeit zu verstehen. Rechtsgüterschutz bei Delikten gegen die Person wird demnach mit dem Schutz der persönlichen Freiheit gleichgestellt. Mit anderen Worten stellt der Endzweck des Rechtsgüterschutzgedankens die Gewährleistung der persönlichen Freiheit des Rechtsgutsinhabers dar.

Das wesentliche Problem beim „Diebesdiebstahl“ ist aber: Welche rechtliche persönliche Freiheit des 1. Diebs, der nicht berechtigt sogar widerrechtlich die Sache in seinem Gewahrsam hält, wird durch den weiteren Diebstahl verletzt? Nur durch die Beantwortung dieser Frage kann die Bestrafung des 2. Diebs nach § 242 StGB sachlich begründet werden. Wenn die Bestrafung des 2. Diebs nach § 242 StGB nicht zur Gewährleistung der rechtlichen persönlichen Freiheit des 1. Diebs, also des bloßen Gewahrsamsinhabers, dient, muss näher dargelegt werden, wen und welche rechtliche persönliche Freiheit im Falle des „Diebesdiebstahls“ durch § 242 StGB geschützt werden soll. Damit stellt sich die weitere Frage innerhalb des Rechtsgutsdenkens: Soll der Gewahrsam des 1. Diebs oder das Eigentumsrecht des Sacheigentümers gegen den „Diebesdiebstahl“ geschützt werden? Sind die Schutzgüter des § 242 StGB nur der Gewahrsam, nur das Eigentumsrecht des Sacheigentümers oder beide?

Nach der soeben skizzierten Ausführung soll die Frage erlaubt sein, ob die Rechtsgutstheorie die Aufgabe des Strafrechts bei Delikten gegen die Person, nämlich die Gewährleistung der persönlichen Freiheit, zweckmäßig erfüllen kann. Nur durch eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Streitfall „Diebesdiebstahl“ kann diese Frage überzeugend beantwortet werden.

A. Die betroffenen Schutzgüter beim Diebstahl nach der Auffassung im Schrifttum

I. Die Einstellungen im Überblick

Die Frage nach dem/den durch § 242 StGB zu schützenden Rechtsgut/Rechtsgütern ist seit der Einführung des Tatbestandes streitig. Die Auffassungen im Schrifttum lassen sich in folgende drei Richtungen differenzieren. Erstens ist nach der herrschenden Meinung neben dem Eigentum auch der Gewahrsam an der Sache als weiteres Rechtsgut des § 242 StGB anzusehen.¹ Nach dieser Auffassung (Abkürzung: „Eigentums- & Gewahrsams“-Position) wird der „Diebesdiebstahl“ nach § 242 StGB bestraft, weil der Entzug des „Diebesgewahrsams“ durch den weiteren Diebstahl zur Gewahrsamsverletzung des reinen Gewahrsamsinhabers führt. Zweitens wird im Schrifttum häufiger behauptet, dass das in § 242 StGB geschützte Rechtsgut lediglich das Eigentum an der Sache sei und die durch Wegnahmehandlung herbeigeführte Gewahrsamsverletzung nur eine unrechtserhöhende Angriffsart auf das Eigentum darstelle.² Mit anderen Worten wird nach dieser Ansicht (Abkürzung: „Eigentums“-Position) die bereits stattgefundene Eigentumsverletzung durch die folgende Gewahrsamsverletzung lediglich intensiviert. Demnach zieht innerhalb der „Eigentums“-Position der „Diebesdiebstahl“ die Strafe gemäß § 242 StGB nach sich, weil die Entziehung des Diebesgewahrsams durch einen weiteren Diebstahl die erneute bzw. weitere Eigentumsverletzung des Berechtigten bewirkt. Schließlich richtet sich der Diebstahl nach der früheren Auffassung (Abkürzung: „Gewahrsams“-Position) unmittelbar lediglich gegen den Gewahrsam oder den Gewahrsam im wirtschaftlichen Sinne.³ Der durch § 242 StGB geschützte Gewahrsam im wirtschaftlichen Sinne ist nach der „Gewahrsams“-Position als das wirtschaftliche Vermögen des Gewahrsamsinhabers zu betrachten. Werde demnach der unrechtmäßige bzw. rechtswidrige Gewahrsamsinhaber, z.B. der Dieb oder der an der Sache Unberechtigte, bestohlen, so könne der Täter des „Diebesdiebstahls“ gemäß § 242 StGB bestraft werden.

Die Frage nach dem/den von § 242 StGB geschützten Rechtsgut/Rechtsgüter ist nicht nur von theoretischer Bedeutung. Der Rechtsgutsinhaber im Sinne des § 242 StGB nach den soeben erwähnten drei Auffassungen („Eigentums- & Gewahrsams“- , „Eigentums“- und „Gewahrsams“-Position), also der Eigentü-

¹ Vgl. dazu die Diskussionen unter B.

² Vgl. dazu die Diskussionen unter C.

³ Vgl. dazu die Diskussionen unter D.

mer oder auch Gewahrsamsinhaber der Sache, spielt die entscheidende Rolle für die Beurteilung einer eventuell strafbarkeitsausschließenden Mitwirkung, z.B. Einwilligung des Eigentümers in die Tat, sowie für die Bestimmung der Person, die als „Verletzter“ im Sinne des § 77 Abs. 1 StGB anzusehen und damit strafantragsberechtigt nach §§ 247, 248a StGB ist.⁴ Weil nach den soeben erwähnten drei Auffassungen („Eigentums & Gewahrsams“- „Eigentums“- und „Gewahrsams“-Position) das Schutzgut im Sinne des § 242 StGB entweder das Eigentum oder der Gewahrsam an der Sache ist, werden im folgenden Abschnitt der Begriff beider Schutzgüter und die Bedeutung der Eigentums- sowie Gewahrsamsverletzung im Sinne des § 242 StGB näher dargelegt und anschließend als Grundlage der im Abschnitt B, C und D ausgeführten Diskussion herangezogen.

II. Begriffe „Eigentum“ und „Eigentumsverletzung“ im Sinne des § 242 StGB

1. Definition des Rechtsguts „Eigentum“ in § 242 StGB

Nach der heutig überwiegenden Auffassung, also nach der „Eigentums- & Gewahrsams“-Position und der „Eigentums“-Position, ist der Diebstahl ein Delikt gegen das Eigentum, und zwar gegen das Eigentum der beweglichen Sache.⁵ Der Begriff „Eigentum“ wird zwar nicht in den Texten der Diebstahlsvorschriften erwähnt; er ist jedoch aus dem Tatbestandsmerkmal „fremd“ des § 242 StGB auszulegen und damit ein Teil der materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit in den Diebstahlsvorschriften. Mit anderen Worten ist das Merkmal „fremd“ im Sinne des § 242 StGB als „fremdes Eigentum“ zu verstehen. Demnach ist Rechtsgutsinhaber und Opfer des Diebstahls aus der Sicht des Täters der „fremde“ Eigentümer.

Der Eigentumsbegriff in § 242 StGB ist grundsätzlich identisch mit dem im Privatrecht.⁶ Es kommt beim Eigentumsschutz in § 242 StGB nicht darauf an, ob die gestohlene Sache einen bestimmten wirtschaftlichen Wert hat oder ob der Eigentümer durch den Diebstahl einen Vermögensschaden erleidet. Daher ist der Diebstahl an objektiv wertlosen Sachen, z.B. an alten „Liebesbriefen“ einer nicht prominenten Person, gemäß § 242 StGB strafbar. Darüber hinaus

⁴ Mitsch, BT 2/1, § 1 Rdnr. 5; Gerland, Reichsstrafrecht, 2. Aufl., S. 569 Fn. 1. Dagegen ist der Begriff der Verletzten mit Klageerzwingungsbefugnis nach § 172 StPO weiter als die Auslegung des Verletzten mit Strafantragsberechtigung in §§ 77 Abs. 1, 247, 248a StGB. Vgl. LR-Rieß, § 172 Rdnr. 50, 90.

⁵ Dazu und zum Folgenden vgl. Mitsch, BT 2/1, § 1 Rdnr. 5; Sax, FS-Laufke, S. 321; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 32 Rdnr. 20

⁶ Dazu und zum Folgenden vgl. MK-Schmitz, § 242 Rdnr. 10.

wird die Bestrafung der Tat gemäß § 242 StGB nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Täter nach der Tathandlung einen Wertersatz für die gestohlene Sache leistet. Nach diesem formalen Eigentumsschutz fallen die Sachen, die weder einen materiellen noch einen immateriellen Wert haben, in den Schutzbereich des § 242 StGB.

2. Eigentumsverletzung beim Diebstahl

Nach der soeben erwähnten gegenwärtigen Auffassung schützt § 242 StGB unstreitig das Eigentum an der beweglichen Sache. Der Eigentümer der Sache wird aber unter normalen Umständen durch den Diebstahl nur in der faktischen Ausübungsmöglichkeit des Eigentumsrechts im Sinne des § 903 BGB beeinträchtigt, also mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen.⁷ Mit anderen Worten verliert der Eigentümer beim Diebstahl in der Regel nicht die rechtliche Position als Eigentümer bzw. das Eigentumsrecht an der Sache, sondern deren faktische Ausübungsmöglichkeit. Dies ist im Schrifttum⁸ häufig mit dem Argument begründet, dass nach § 935 Abs. 1 BGB kein gutgläubiger Eigentumserwerb an einer gestohlenen Sache möglich sei, wenn die Sache — mit Ausnahme von Geld, Inhaberpapieren und durch öffentliche Versteigerung veräußerte Sachen — dem unmittelbar besitzenden Eigentümer (vgl. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB) oder dem unmittelbar besitzenden Besitzmittler des Eigentümers (vgl. § 935 Abs. 1 S. 2 BGB)⁹ abhanden gekommen sei.¹⁰ Nur im Sonderfall,¹¹ in dem der Dieb beispielsweise das Alleineigentum bereits mit der Wegnahme durch Verbindung, Vermischung und Verarbeitung der Sache im Sinne der §§ 947 ff. BGB erwirbt,¹² sei die rechtliche Eigentumsposition durch Diebstahl erst recht beeinträchtigt.¹³

⁷ MK-Schmitz, § 242 Rdnr. 4; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 3; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 1/2. Ähnlich NK-Kindhäuser, Vor §§ 242 ff. Rdnr. 2; Haft/Hilgendorf, BT 1, S. 1; Hohmann/Sander, BT 1, S. 2; Heubel, JuS 1984, S. 445.

⁸ MK-Schmitz, § 242 Rdnr. 4; NK-Kindhäuser, Vor §§ 242 ff. Rdnr. 2.

⁹ In diesem Fall ist der Eigentümer der mittelbare Besitzer.

¹⁰ Die Auslegung des § 935 BGB vgl. Bamberger/Roth-Kindl, BGB, § 935 Rdnr. 4 f; NK-Meller-Hannich/Schilken, BGB, § 935 Rdnr. 4; MK-Quack, BGB, 4. Aufl., § 935 Rdnr. 7.

¹¹ Weil sich der Anwendungsbereich des § 935 BGB nur auf die Fälle des rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten gemäß §§ 932 bis 934 BGB beziehe, sei beim Erwerb von gestohlenen Sachen durch Ersitzung, Fund oder Verbindung und Vermischung diese Vorschrift nicht anwendbar (vgl. MK-Quack, BGB, 4. Aufl., § 935 Rdnr. 4; NK-Meller-Hannich/Schilken, BGB, § 935 Rdnr. 2). Beim Eigentumserwerb durch Verbindung oder Vermischung ist die Anwendbarkeit des § 935 BGB umstritten. Vgl. dazu auch MK-Quack, BGB, 4. Aufl., § 935 Rdnr. 4; NK-Meller-Hannich/Schilken, BGB, § 935 Rdnr. 2.

¹² Für die Bestimmung der Verbindungs-, Vermischungs-, oder Verarbeitungshandlung ist nur ein willensgetragenes Verhalten von Bedeutung; das weitere subjektive Element, z.B. der gute Glaube des Handelnden, ist nach der herrschenden Auffassung nicht relevant. Vgl. dazu MK-Quack, BGB, 4. Aufl., § 947 Rdnr. 3, § 948 Rdnr. 2, § 950 Rdnr. 5.

¹³ MK-Schmitz, § 242 Rdnr. 4.

Weil § 935 Abs. 1 BGB in der Regel einem Eigentumswechsel am Diebesgut entgegensteht, sei der Diebstahl für den Täter selbst hinsichtlich des Eigentumserwerbs normalerweise ein untaugliches Vorgehen¹⁴ und daher als „untaugliche Versuchshandlung“ zu bezeichnen.¹⁵

III. Der Gewahrsamsbegriff in § 242 StGB — Die herrschende Auffassung: faktischer Gewahrsamsbegriff

Von der „Eigentums- & Gewahrsams“-Position und der „Gewahrsams“-Position wird der Gewahrsam als Rechtsgut anerkannt. Die eigenständige Schutzgutposition des Gewahrsams in § 242 StGB ist durch die Tathandlung, also die Wegnahme, zu begründen. Unter Wegnahme in Sinne des § 242 StGB versteht man den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig eigenen Gewahrsams an der Sache.¹⁶ Aufgrund der dafür erforderlichen Gewahrsamsverschiebung vom Opfer zum Täter spielt der Gewahrsamsbegriff eine entscheidende Rolle für die Bestimmung der Wegnahme.¹⁷ Im Folgenden wird zur weiteren Diskussion in der Arbeit lediglich die gegenwärtig überwiegende Auffassung des Gewahrsamsbegriffs in § 242 StGB zusammenfassend dargestellt. Anschließend wird der Unterschied zwischen dem Gewahrsamsbegriff in § 242 StGB und dem Besitzbegriff im BGB verdeutlicht.

In § 242 StGB vertreten die Rechtsprechung und die herrschende Lehre den faktischen Gewahrsamsbegriff.¹⁸ Nach dieser Auffassung stellt der Gewahrsam an einer Sache ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis dar, das vom Herrschaftswillen einer Person getragen ist. Daher kommen dem faktischen Gewahrsamsbegriff kumulativ ein objektiv-physisches und ein subjektiv-psychisches Element zu. Das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der beiden Elemente muss letztlich nach der natürlichen Auffassung des täglichen Lebens und den konkreten Umständen des Einzelfalles beurteilt werden.

¹⁴ NK-Kindhäuser, Vor §§ 242 ff. Rdnr. 2.

¹⁵ Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I § 32 Rdnr. 2; vgl. auch BGHSt. 14 38, 44.

¹⁶ RGSt 48, 59; 70, 212; BGHSt 16, 272 ff.; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 22; SK-Hoyer, § 242 Rdnr. 20; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 17; MK-Schmitz, § 242 Rdnr. 48; NK-Kindhäuser, § 242 Rdnr. 27; Rengier, BT 1, § 2 Rdnr. 10; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 71; Mitsch, BT 2/1, § 1 Rdnr. 37 f.; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 33 Rdnr. 11.

¹⁷ NK-Kindhäuser, § 242 Rdnr. 27; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 22; ähnlich Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 33 Rdnr. 11.

¹⁸ Dazu und zum Folgenden vgl. BGHSt 16, 273; 20, 195 f.; 22, 182; 23, 255; BGH GA 1962, 78; GA 1969, 25; GA 1979, 391; BGH NJW 1981, 997; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 23; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 18; Krey/Hellmann, BT 2, Rdnr. 11; Lackner/Kühl/Dreher, § 242 Rdnr. 8; Otto, BT, § 40 Rdnr. 15; Rengier, BT 1, § 2 Rdnr. 11 ff.; Mitsch, BT 2/1, § 1 Rdnr. 40 ff.; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 33 Rdnr. 12 ff.

1. Bestehen des tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses

Ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis soll bestehen, wenn einer unmittelbaren Einwirkung auf die Sache nach der natürlichen Auffassung des täglichen Lebens keine Hindernisse entgegenstehen.¹⁹ Da es dabei nicht auf die rechtliche Befugnis des Gewahrsamsinhabers, sondern auf dessen faktische Verfügungsmöglichkeit ankommt, ist es ohne Belang, ob diese Herrschaftsmacht dem Gewahrsamsinhaber rechtlich zusteht.²⁰ Der Gewahrsam ist insoweit ein rein faktisches Herrschaftsverhältnis.²¹ Weil die tatsächliche Herrschaftsmacht schließlich nach der natürlichen Auffassung des täglichen Lebens und der Einwirkungsmöglichkeit zu ermitteln, kann es sein, dass ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis einerseits trotz der Beeinträchtigung der unmittelbaren Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache bejaht werden muss und andererseits abzulehnen ist, obwohl die unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit uneingeschränkt vorliegt.²² In den folgenden Abschnitten werden die unterschiedlichen Fallgruppen näher dargestellt.

Da es für das tatsächliche Herrschaftsverhältnis nur auf die Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache ankommt, soll es nicht allein deshalb entfallen, weil ein aktueller Zugriff auf die Sache nicht gegeben ist.²³ Mit anderen Worten bildet die bloße räumliche Entfernung oder die sogenannte Gewahrsamslockerung des Inhabers von einer Sache kein Gewahrsamshindernis, wenn sie sich in angemessenen Grenzen (z.B. im Rahmen des sozial Üblichen²⁴) hält.²⁵ Überhaupt beeinträchtigt in der Regel die vorübergehende Entfernung von der Sache nicht das Gewahrsamsverhältnis.²⁶ Zu dieser Fallgruppe der sog. Gewahrsamslockerung gehören zunächst die Fälle, in denen keine Kommunikationsbeziehung zwischen Täter und Opfer vorliegt.²⁷ Der Bauer behält beispielsweise Gewahrsam an seinem Pflug auf dem Feld, auch wenn dieses weit entfernt vom Wohnhaus gelegen ist;²⁸ der Wohnungsinhaber an seiner

¹⁹ RGSt 60, 272; OLG Hamburg MDR 1947, 35; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 18; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 25; Rengier, BT 1, § 2 Rdnr. 13.

²⁰ Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 25; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 18; Rengier, BT 1, § 2 Rdnr. 12. Im Ergebnis ähnlich NK-Kindhäuser, § 242 Rdnr. 29; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 73.

²¹ LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 18; Rengier, BT 1, § 2 Rdnr. 12. Im Ergebnis ähnlich NK-Kindhäuser, § 242 Rdnr. 29; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 73.

²² Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 25.

²³ RGSt 50, 185; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 19 ff.; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 26 ff.

²⁴ BGH GA 1969, 25.

²⁵ RGSt 50, 183; BGH GA 1969 25; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 19; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 26.

²⁶ Vgl. RGSt 60 271.

²⁷ Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 26. Im Ergebnis so NK-Kindhäuser, § 242 Rdnr. 37 f.

²⁸ BGHSt 6, 271; 16, 273; BGH JR 1968, 106. A.A. Goetzeler, ZStW 63 (1951), S. 103 ff.

Wohnung samt Inventar, selbst wenn er sich auf längere Reise begibt.²⁹ Innerhalb von Kommunikationsbeziehungen zwischen Täter und Opfer bleibt nach Auffassung vieler der Gewahrsam des Opfers an kurzfristig weggegebenen Sachen trotz dieser deutlichen Lockerung bestehen, wenn dies dem Willen der Beteiligten entspricht.³⁰ Beispielsweise behält der Geschäftsinhaber Gewahrsam an Kleidungsstücken, die der Kunde in den Geschäftsräumen anprobiert,³¹ oder an einem Ring, den sich der Kunde an den Finger steckt.³²

Bei der versteckten, verlegten oder verlorenen Sache ist der fortdauernde Gewahrsam grundsätzlich zu bejahen, wenn sich die Sache noch im eigenen Herrschaftsbereich befindet,³³ selbst wenn sie der Gewahrsamsinhaber unter gewöhnlichen Umständen nicht aufzufinden vermag.³⁴ Versteckt der Täter die Sache im Herrschaftsbereich des bisherigen Inhabers, wird der Gewahrsam des Inhabers aber dadurch gebrochen, dass der Täter freien und ungehinderten Zugang zu dem Versteck im Machtbereich des anderen hat und somit über die Sache faktisch unter Ausschluss des bisherigen Gewahrsamsinhabers verfügen kann.³⁵

Befindet sich die versteckte, verlegte oder verlorene Sache außerhalb des räumlichen Herrschaftsbereiches, hängt das Fortstehen des bisherigen Gewahrsams grundsätzlich davon ab, ob der Inhaber Kenntnis des Lageorts hat und die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit behält.³⁶ Beispielsweise kann Gewahrsam an lediglich vergessenen Sachen im fremden Herrschaftsbereich bestehen, solange sich der frühere Inhaber an den Ort erinnert und keine äußeren Umstände einer Wiedererlangung entgegenstehen.³⁷ Sachen, die außerhalb eines Herrschaftsbereichs verloren werden und deren Verbleib dem Inhaber nicht mehr bekannt ist — z.B. im Wald, auf der Straße — werden gewahrsamslos.³⁸ Der frühere Gewahrsam an der verlorenen Sache ist be-

²⁹ RGSt 30, 89; 60, 271; BGHSt 10, 400; 16, 273; BGH GA 1969, 25.

³⁰ Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 26; Rengier, BT 1, § 2 Rdnr. 30. Im Ergebnis so NK-Kindhäuser, § 242 Rdnr. 38.

³¹ BGH GA 1959, 549.

³² BGH GA 1966, 244.

³³ RGSt 3, 203 f.; 53, 180 f.; 54, 231 f.; BGHSt 4, 133; BGH NJW 1953, 1272; OLG Düsseldorf JR 1984, 34; OLG Düsseldorf NJW 1988, 1336.

³⁴ LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 20; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 28; Rengier, BT 1, § 2 Rdnr. 29. Im Ergebnis ähnlich NK-Kindhäuser, § 242 Rdnr. 40.

³⁵ RGSt 53, 180; BGH NSTZ 1988, 270; OLG Düsseldorf NJW 1988, 922; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 20; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 24, 26, 30; MK-Schmitz, § 242 Rdnr. 70.

³⁶ BGHSt 4, 132; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 20; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 28; Rengier, BT 1, § 2 Rdnr. 20. Im Ergebnis so NK-Kindhäuser, § 242 Rdnr. 40; ähnlich Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 98.

³⁷ RMG 2 278; RGSt 38, 444 f.; OLG Hamm NJW 1969, 620.

³⁸ BGH GA 1969, 25 f.

endet und neuer Gewahrsam begründet, wenn die Sache sofort in den Gewahrsamsbereich eines Dritten fällt, also etwa in eine fremde Wohnung oder Geschäftsräume³⁹, auf ein Eisenbahngelände⁴⁰ oder in ein Postgebäude⁴¹. Hier wird angenommen, dass der Inhaber der fremden Herrschaftssphäre den generellen Willen hat, die verlorene Sache in seinen Gewahrsam zu nehmen.⁴²

2. Vorhandensein des natürlichen Herrschaftswillens

a) Begriffliche Grundlage

Neben dem objektiv-physischen Element, also dem tatsächlichen Herrschaftsverhältnis über die Sache setzt das Fortdauern des Gewahrsams nach überwiegender Ansicht noch das subjektiv-psychische Element, also den Herrschaftswillen des Gewahrsamsinhabers, voraus,⁴³ denn ohne einen solchen ist die Ausübung der tatsächlichen Gewalt nicht denkbar.⁴⁴ Insbesondere für den Gewahrsamsbruch im Sinne der Wegnahme nach § 242 StGB ist es entscheidend, dass der Gewahrsamswechsel ohne den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers erfolgt.⁴⁵ Beim Herrschaftswillen kommt aber nicht der Eigentums- oder Zueignungswille in Betracht, sondern der natürliche Beherrschungswille, da es sich um einen tatsächlichen Vorgang handelt.⁴⁶ Mit anderen Worten setzt der Herrschaftswille zur Gewahrsamsbegründung oder -aufgabe nur die Vorstellung und das Verständnis des Handelnden voraus, nicht aber dessen Geschäfts- oder Deliktsfähigkeit.⁴⁷ Daher können Kinder oder Geisteskranke Gewahrsam erlangen,⁴⁸ sofern sie zur Bildung eines natürlichen Willens, also eigener Gedankenarbeit und selbständiger Willensbil-

³⁹ RG GA Bd. 65, 371; OLG Hamm NJW 1969, 620.

⁴⁰ RGSt 54, 231; 38, 444; RG JW 1930, 3222.

⁴¹ RG JW 1930, 3222.

⁴² Rengier, BT 1, § 2 Rdnr. 14; vgl. RGSt 38, 444; 54, 232; RG GA Bd. 65, 371; NK-Kindhäuser, § 242 Rdnr. 40; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 97.

⁴³ RGSt 27, 225; 60, 271; BGHSt 8, 273; BGH GA 1962, 78; OLG Düsseldorf NJW 1988, 1335 f; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 29; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 21; Rengier, BT 1, § 2 Rdnr. 14; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 33 Rdnr. 18; Mitsch, BT 2/1, § 1 Rdnr. 42. Im Ergebnis so Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 75. A.A. SK-Samson, 4. Aufl. (1990), § 242 Rdnr. 35; Bittner Jus 1974, S. 159; RGSt 50, 46, 48; 54, 346; 56, 207; 69, 80, 82; BGHSt 4, 211.

⁴⁴ LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 21. Im Ergebnis so Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 75.

⁴⁵ Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 36; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 35; Rengier, BT 1, § 2 Rdnr. 31. Im Ergebnis so NK-Kindhäuser, § 242 Rdnr. 34.

⁴⁶ Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 29; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 24. Im Ergebnis ähnlich NK-Kindhäuser, § 242 Rdnr. 34; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 75.

⁴⁷ Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 29; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 24. Im Ergebnis ähnlich NK-Kindhäuser, § 242 Rdnr. 34; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 75.

⁴⁸ RGSt 2, 332; OLG Hamburg MDR 1947, 35; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 29; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 24. Im Ergebnis so NK-Kindhäuser, § 242 Rdnr. 34; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 75.

dung, fähig sind.⁴⁹ Da nur natürliche Personen einen Herrschaftswillen bilden können, stehen juristische Personen, Behörden und Institutionen als solche als Gewahrsamsinhaber nicht zur Diskussion.⁵⁰ Nur durch die zuständigen Organe der juristischen Personen, z.B. Geschäftsinhaber, Behördenleiter, verantwortliche Amtsträger usw., wird der Gewahrsam ausgeübt.

b) Genereller, potenzieller und antizipierter Herrschaftswille

Ebenso wie die tatsächliche Herrschaftsmacht erfährt auch der Herrschaftswille seine genauere Ausprägung durch die Anschauung des täglichen Lebens.⁵¹ Das ist in dreifacher Hinsicht zu berücksichtigen: Erstens bedarf es eines generellen Herrschaftswillens, der alle (auch versteckte oder verlegte) Sachen in einen bestimmten beherrschten Bereich erfasst, ohne spezifisiert auf die jede dort befindliche Sache gerichtet zu sein.⁵² Zweitens reicht der potenzielle Herrschaftswille in dem Sinne aus, dass für das Fortbestehen des Gewahrsams kein stets aktueller Herrschaftswille benötigt wird.⁵³ Deshalb ist der Schlafende oder Bewusstlose als Gewahrsamsinhaber seiner Sachen anzusehen,⁵⁴ selbst wenn er vor Erwachen stirbt.⁵⁵ Schließlich kommt ein antizipierter Herrschaftswille in Betracht, der sich konkludent auf alle Sachen erstreckt, die unter normalen Umständen in den eigenen Herrschaftsbereich gelangen.⁵⁶ Demnach erlangt man Gewahrsam an allen Briefen, die in den eigenen Briefkasten geworfen werden, oder an Waren, die vor dem eigenen Laden für diesen abgestellt werden.⁵⁷ Dagegen soll ein Grundstückseigentümer an auf das Grundstück geworfenen Dingen erst dann Gewahrsam erlangen, wenn er von ihnen erfährt und sich entschließt diese nunmehr zu beherr-

⁴⁹ RGSt 2, 334; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 29; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 24.

⁵⁰ Dazu und zum Folgenden vgl. RGSt 52, 144; 54, 232; 60, 271; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 29; Rengier, BT 1, § 2 Rdnr. 22; NK-Kindhäuser, § 242 Rdnr. 34.

⁵¹ BGHSt 16, 273; 20, 195 f.; 22, 182; 23, 255; BGH GA 1962, 78; GA 1969, 25; GA 1979, 391; BGH NJW 1981, 997; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 23, 30; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 22; Krey/Hellmann, BT 2, Rdnr. 11; Lackner/Kühl/Dreher, § 242 Rdnr. 8; Otto, BT, § 40 Rdnr. 15; Rengier, BT 1, § 2 Rdnr. 11, 20; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 33 Rdnr. 12.

⁵² BGH GA 1962, 77 f.; BGH NJW 1987, 2812; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 30; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 23. Im Ergebnis so NK-Kindhäuser, § 242 Rdnr. 35; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 75.

⁵³ Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 30; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 22; NK-Kindhäuser, § 242 Rdnr. 36; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 75.

⁵⁴ BGHSt 4, 211.

⁵⁵ BGH NJW 1985, 1911 mit Anm. Lampe, JR 1986, S. 294; Mitsch, BT 2/1, § 1 Rdnr. 59; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 22. Im Ergebnis so NK-Kindhäuser, § 242 Rdnr. 36; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 75. A.A. BayObLG JR 1961, 188; Seelmann/Pfohl, JuS 1987, S. 199.

⁵⁶ Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 30; ähnlich LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 23. Im Ergebnis ähnlich NK-Kindhäuser, § 242 Rdnr. 35; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 75.

⁵⁷ Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 30.

schen.⁵⁸ Darüber hinaus reicht zur Gewahrsamsaufgabe die bloße Willensänderung als innerer Vorgang nicht aus; sie muss sich vielmehr nach außen erkennen lassen.⁵⁹

3. Gewahrsamsbegriff in § 242 StGB im Vergleich zum Besitzbegriff im BGB

Nach der überwiegenden Ansicht sind Besitzbegriff im Sinne der §§ 854 ff. BGB und Gewahrsamsbegriff in § 242 StGB nicht identisch, obwohl Besitz in § 854 BGB ähnlich wie der faktische Gewahrsamsbegriff in § 242 StGB als die mit Herrschaftswillen begründete tatsächliche Gewalt über eine Sache zu verstehen ist.⁶⁰ Der zivilrechtliche Besitzbegriff ist einerseits enger, andererseits weiter als der Gewahrsamsbegriff in § 242 StGB; erkennbar an drei Umständen⁶¹: Erstens kann der zivilrechtliche Nicht-Besitzer, z.B. Besitzdiener nach § 855 BGB, als Gewahrsamsinhaber im Sinne des § 242 StGB angesehen werden. Zweitens hat der mittelbare Besitzer in § 868 BGB nicht bereits angesichts dieser Position den strafrechtlichen Gewahrsam. Schließlich erlangt der Erbe, der noch keine tatsächliche Beherrschung über Erbschaftsgegenstände erzielt hat, gemäß § 857 BGB automatisch den Besitz des Erblassers. Trotz der soeben erwähnten Abweichung stimmt der Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB mit der Grundform des unmittelbaren Besitzes in § 854 BGB im großen Ganzen überein.⁶² Im Folgenden wird der Unterschied zwischen dem Gewahrsamsbegriff in § 242 StGB und dem zivilrechtlichen Besitzbegriff ausführlicher dargestellt.

a) Gewahrsam des Besitzdieners

Gemäß § 855 BGB ist Besitzdiener derjenige, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis ausübt, vermöge dessen er den sich auf die

⁵⁸ Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 30; vgl. auch Mitsch, BT 2/1, § 1 Rdnr. 48.

⁵⁹ RGSt 56, 20; RMG 10, 255, 258.

⁶⁰ RGSt 43, 10; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 81 f.; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 31; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 17; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 33 Rdnr. 12; Rengier, BT 1, § 2 Rdnr. 12; NK-Kindhäuser, § 242 Rdnr. 30; MK-Schmitz, § 242 Rdnr. 49; Welzel, GA 1960, S. 264; Lackner/Kühl/Dreher, § 242 Rdnr. 8; Dreher/Tröndle, § 242 Rdnr. 9; SK-Samson, 4. Aufl. (1990), § 242 Rdnr. 36.

⁶¹ Dazu und zum Folgenden vgl. NK-Kindhäuser, § 242 Rdnr. 30; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 31; MK-Schmitz, § 242 Rdnr. 49; Rengier, BT 1, § 2 Rdnr. 12; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 33 Rdnr. 12; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 17; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 81 f.

⁶² RGSt 43, 13; 52, 145; 60, 127 f.; NK-Kindhäuser, § 242 Rdnr. 30; SK-Hoyer, § 242 Rdnr. 20; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 33 Rdnr. 12; Schmidhäuser, BT, Kap. 8 Rdnr. 20; Bockelmann, BT 1, 15, 92; Welzel, GA 1960, S. 264; Heubel, JuS 1984, S. 447. A.A. Schünemann, GA 1969, S. 50 f.

Sache bezeichnenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat. Als Besitzdiener sind beispielsweise Hausangestellte, Handlungsgehilfen, Transportfahrer, Garderobenfrauen, Angestellte eines Lagerhalters, Verwalter eines Kinos. Nach § 855 BGB ist Besitzer nur der Besitzer, nicht der Besitzdiener. Dennoch kann der Besitzdiener Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB haben, sofern er trotz seiner unterstützenden Beziehung zu seinem Auftrag- oder Arbeitgeber nach der Verkehrsauffassung nicht lediglich als Gewahrsamsgehilfe oder Gewahrsamshüter des Alleingewahrsamsinhabers angesehen wird.⁶³

Hausangestellte sind beispielsweise in der Regel nur Gewahrsamsgehilfen, weil sie nach der Verkehrsauffassung in sozialer Abhängigkeit zu dem Hausinhaber stehen.⁶⁴ Transportfahrer können dagegen den Alleingewahrsam inne haben.⁶⁵ Hat der Arbeitgeber während der Fahrt keine hinreichende Kontroll-, und Einwirkungsmöglichkeit und trägt der Fahrer für das Transportgut die eigene Verantwortung, steht das Frachtgut im Alleingewahrsam des den Transport durchführenden Kraftfahrers. Das ist namentlich bei Fernfahrten denkbar, bei denen das Gut unter der alleinigen Obhut des Fahrers steht.

b) Gewahrsam des mittelbaren Besitzers

Besitzt man nach § 868 BGB eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen man einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist der andere der mittelbare Besitzer. Der mittelbare Besitzer hat in der Regel keinen Gewahrsam.⁶⁶ Nur aufgrund einer besonderen Lage kann er Gewahrsam haben.⁶⁷

Wer einem anderen z.B. bewegliche Gegenstände (ein Auto, ein Fahrrad usw.) oder leer stehende Räume zur Benutzung überlässt, behält als Verleiher oder Vermieter den mittelbaren Besitz, hat aber keinen Gewahrsam.⁶⁸ Bei der Überlassung möblierter Räume hat hingegen der Vermieter, wie etwa die Zimmerwirtin, der Hotelleiter usw., neben dem mittelbaren Besitz zugleich Mitgewahrsam am Wohnraum und an den Einrichtungsgegenständen.⁶⁹ Das

⁶³ RGSt 52, 143, 145; 56, 115, 117; RG GA Bd. 68, 276, 277; BGHSt 10, 400; 16, 271, 173 f.; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 82, 88; LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 17; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 31; Rengier, BT 1, § 2 Rdnr. 12, 18 f.

⁶⁴ Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 88; Rengier, BT 1, § 2 Rdnr. 18.

⁶⁵ Dazu und zum Folgenden Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 91; Rengier, BT 1, § 2 Rdnr. 19.

⁶⁶ RGSt 37, 199; 53, 340; 56, 115 m.w.N.; BGH GA 1962, 78.

⁶⁷ RG HRR 1926, 527.

⁶⁸ BGH GA 1962, 78; RGSt 37, 198, 199 ff.; 56, 115, 116 ff.

⁶⁹ BGH NJW 60, 1357 Nr. 17; RG GA Bd. 68, 276, 277.

muss auch bei unentgeltlicher und vorübergehender Überlassung eines Gartenhäuschens aus Gefälligkeit gelten.⁷⁰ Zufälligkeiten wie die Anbringung eines zusätzlichen Schlosses durch den Nutzer schließen den Mitgewahrsam des mittelbaren Besitzers aus.⁷¹

c) Vererblichkeit des Besitzes

Der Besitz geht gemäß § 857 BGB automatisch auf den Erben über, während der Gewahrsam dem Erben aber nur zusteht, wenn er ihn tatsächlich ausübt.⁷² Eine gesetzliche Fiktion kann die fehlende Herrschaftsordnung nicht ersetzen.

⁷⁰ *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rdnr. 81.

⁷¹ OLG Celle JR 68, 431. A.A. *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rdnr. 81.

⁷² RGSt 34, 252, 254; 58, 229. A.A. *Redslob*, ZStW 30 (1910), S. 217 f.; *Bittner*, Gewahrsamsbegriff, S. 227; ähnlich *Soltmann*, Gewahrsamsbegriff, S. 73; *Lobe*, Einfluss, S. 25; *Binding*, BT 1, S. 245.

B. Die Diskussion über die Schutzwürdigkeit des (unrechtmäßigen) Gewahrsams innerhalb der herrschenden Meinung – „Gewahrsam und Eigentum als selbstständige Schutzgüter des § 242 StGB“

Nach der herrschenden Auffassung⁷³ stellen Gewahrsam und Eigentum alternativ die Schutzgüter des § 242 StGB dar. Nach dieser Auffassung (Abkürzung: „Eigentums- & Gewahrsams“-Position) wird die Verletzung des reinen Gewahrsams, wie etwa die Entziehung des rechtswidrigen Gewahrsams des Diebs, nach § 242 StGB bestraft, weil die reine Gewahrsamsentziehung meistens⁷⁴ zur Gewahrsamsverletzung des reinen Gewahrsamsinhabers und gegebenenfalls⁷⁵ auch zur Eigentumsverletzung des Berechtigten führe. Dass neben dem Eigentum auch der Gewahrsam an der Sache als das zu schützende Rechtsgut im Sinne des § 242 StGB in Betracht komme, hat die praktische Bedeutung zur Folge, dass der Eigentümer und der Gewahrsamsinhaber der Sache die Verletzten im Sinne der §§ 77 Abs. 1, 247, 248a StGB und strafantragsberechtigt sind.

Die Behauptung innerhalb der „Eigentums- & Gewahrsams“-Position, die Entziehung des rechtswidrigen Gewahrsams führe beim Diebesdiebstahl „auch“ die Eigentumsverletzung des Berechtigten herbei, wird im Abschnitt C zusammen mit der Ansicht, wonach die Entziehung des rechtswidrigen Gewahr-

⁷³ RGSt 2, 73 f.; 4, 347 f.; 19, 379; 54, 282; 73, 153; BGHSt 10, 401; 29, 323; BGH NJW 2001, 1508; OLG Hamm NJW 1964, 1428; *Roxin*, AT 1, § 10 Rdnr. 72; *Frank*, Strafgesetzbuch, 18. Aufl. § 242 Anm. VI, § 247 Anm. I; *Oppenhoff*, Strafgesetzbuch, § 242 Anm. 6, 7, 30; *Hälschner*, Das deutsche Strafrecht 2/1, S. 306; *Schwarze*, Kommentar, § 242 Anm. 9, 12; *SK-Hoyer*, § 242 Rdnr. 1, 20; *Allfeld/Meyer*, Lehrbuch, S. 442; *Birkmeyer*, Darstellung, BT 6, S. 196; *Lampe*, GA 1966, S. 228; *Lackner/Kühl*, § 242 Rdnr. 1, 12; *Roth*, Eigentumsschutz, S. 26; *Gössel*, ZStW 85 (1973), S. 623 f.; *ders.*, BT 2, § 7 Rdnr. 1 f.; *Prühß*, Schutzobjekt, S. 15 ff., 59, 61; *LK-Ruß*, 11. Aufl., Vor § 242 Rdnr. 3; *LK-Jagusch*, 8. Aufl., Vor § 242 Anm. A, C I, § 242 Anm. I; *Schwartz*, Strafgesetzbuch, § 247 Anm. 3. a); *Klebs*, GA 19 (1871), S. 572; *Rüdorff*, Kommentar, § 247 Nr. 2b, § 242 Nr. 9; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 33 Rdnr. 1; *Rengier*, BT 1, § 2 Rdnr. 1; *Haft/Hilgendorf*, BT 1, S. 1 f.; *Kohlrausch/Lange*, Strafgesetzbuch, Vor § 242 Anm. I; *Bruns*, FS-Mezger, S. 341; *Bender*, Gewahrsam, S. 8; *Redslob*, ZStW 30 (1910), S. 206, 213 f.; *Schmidt*, Grundriss, S. 234; *Rotering*, GS 35 (1883), S. 352 f.; *Kargl*, JuS 1996, S. 973 ff.; *SSW-Kudlich*, § 242 Rdnr. 3; *Hohmann/Sander*, BT 1, S. 2; *Heghmanns*, BT, Rdnr. 1002; *Schramm*, JuS 2008, S. 679; *Hohmann*, NSTZ 2000, S. 258. Ähnlich *Hirschberg*, Vermögensbegriff, S. 321 f., 329.

⁷⁴ *Hirschberg* behauptet, dass beim Bruch des unrechtmäßigen reinen Gewahrsams der unrechtmäßige Gewahrsamsinhaber nicht verletzt werde, sondern der Eigentümer oder der sonstige Sachberechtigte. Vgl. *ders.*, Vermögensbegriff, S. 321 f., 329.

⁷⁵ *Haft/Hilgendorf*, BT 1, S. 2; *LK-Jagusch*, 8. Aufl., § 242 Anm. I; RG 2, 73 f.; 40, 187; 50, 46; 71, 286; 73, 227; 74, 167; a.A. *Schramm*, JuS 2008, S. 679. Die Eigentumsverletzung durch den Bruch des „rechtmäßigen“ Gewahrsams innerhalb der herrschenden Meinung vgl. RG 4, 347 f.; 19, 379; *Roth*, Eigentumsschutz, S. 80; *Hirschberg*, Vermögensbegriff, S. 321 f. Die Eigentumsverletzung durch den Bruch des „unrechtmäßigen“ Gewahrsams innerhalb der herrschenden Meinung vgl. *Birkmeyer*, Darstellung, BT 6, S. 196; ähnlich *Hirschberg*, Vermögensbegriff, S. 329. A.A. RG GA Bd. 11 S. 442; *Roth*, Eigentumsschutz, S. 75 ff.; *Otto*, Struktur, S. 142 Fn. 156.

sams beim Diebesdiebstahl „*lediglich*“ die Eigentumsverletzung des Berechtigten verursache, eingehend diskutiert und am Ende entkräftet. Hierbei konzentriert sich die Diskussion auf die Argumente innerhalb der „Eigentums- & Gewahrsams“-Position, wonach die Entziehung des reinen Gewahrsams durch den Diebstahl hauptsächlich die Gewahrsamsverletzung des Gewahrsamsinhabers bewirke und daher die Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams in § 242 StGB zu begründen sei. Die Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams in § 242 StGB innerhalb der „Eigentums- & Gewahrsams“-Position beruht auf unterschiedlichen Argumenten, die in den folgenden Abschnitten ausführlicher dargestellt und anschließend untersucht werden.

I. Aufrechterhaltung der rechtlichen Friedensordnung durch den Besitzschutz in §§ 858 ff. BGB als Grund für den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB?

1. Meinungsstand

a) Überblick

Einige Befürworter der „Eigentums- & Gewahrsams“-Position begründen die Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams durch den Schutz der im Gewahrsam verkörperten rechtlichen Friedensordnung.⁷⁶ Aufgrund der „Einheit der Rechtsordnung“ solle der Grund für den Besitzschutz in §§ 858 ff. BGB, also die Aufrechterhaltung der öffentlichen Friedensordnung, auch für den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB gelten.⁷⁷ Demnach könnten der rechtmäßige und unrechtmäßige, sogar der deliktische reine Gewahrsamsinhaber, z.B.

⁷⁶ *Kohlrausch/Lange*, Strafgesetzbuch, Vor § 242 Anm. I; *Bender*, Gewahrsam, S. 8; *Redslob*, ZStW 30 (1910), S. 206, 213 f.; *Rotering*, GS 35 (1883), S. 355. Ähnlich *Gössel*, BT 2, § 7 Rdnr. 1 f.; *Schmidt*, Grundriss, S. 234; *LK-Jagusch*, 8. Aufl., Vor § 242 Anm. C I; *Welzel*, GA 1960, S. 264 (Obwohl nach der Meinung *Welzels* die wesentliche Aufgabe des Strafrechts nicht in dem Rechtsgüterschutz liege, sondern darin, die reale Geltung bzw. Befolgung der Aktwerte rechtlicher Gesinnung sicherzustellen, behauptet er, dass durch letztere die Rechtsgüter zugleich geschützt werden. Demnach lehnt *Welzel* den Gedanken des Rechtsgüterschutzes nicht vollständig ab. Vgl. *ders.*, Strafrecht, S. 2 ff., 347); *Kargl*, JuS 1996, S. 973 ff. (Um die Gewahrsamsbegründung und den Gewahrsamsbruch beim Diebstahl festzulegen, versucht *Kargl*, die „Gefährdung der faktischen Friedenslage“ in den Gewahrsamsbegriff mit einzubeziehen. Vgl. *ders.*, JuS 1996, S. 974 ff.); *SK-Samson*, § 242 Rdnr. 31 ff. Ähnlich *Mayer*, JZ 1962, S. 618 f. (An anderer Stelle ist *Mayer* aber der Auffassung, dass das Eigentum das einzige Schutzgut des § 242 StGB sei. Vgl. *ders.*, JZ 1958, S. 284); *Merkel*, HH 3/2, S. 639 (An anderer Stelle behauptet *Merkel* aber, dass der Diebstahl seinem Wesen nach in erster Linie durch die Verletzung des Eigentums charakterisiert sei. Vgl. *ders.*, aaO, S. 712).

⁷⁷ *Bender*, Gewahrsam, S. 7 f. Weil §§ 858 ff. BGB den Schutz des vorläufigen Rechtsfriedens bezweckt, wird eingewandt, dass nach dem ultima-ratio-Prinzip des Strafrechts dieses nicht geeignet sei, es für die Gewährleistung des vorläufigen allgemeinen Friedenszustands einzusetzen. Vgl. *Roth*, Eigentumsschutz, S. 114. Ähnlich *Hefendehl*, Rechtsgüter, S. 378; *Kindhäuser*, FS-Gössel, S. 453. Im Ergebnis ebenso beim Betrug s. *Gallas*, FS-Eb. Schmidt, S. 426 f.; *Walter*, Betrugsstrafrecht, S. 209; *Bommer*, Grenzen, S. 147 f.

der Dieb, durch § 242 StGB den Gewahrsamsschutz gegen jeden Dritten genießen und bei der Gewahrsamsentziehung durch Diebstahl verletzt werden.⁷⁸

b) Zweck und Voraussetzungen des Besitzschutzes im BGB

Der sog. possessorische Besitzschutz ist in §§ 858 ff. BGB geregelt.⁷⁹ Durch die Vorschriften muss der Besitzer keinen eigenmächtigen Eingriff eines anderen in seine tatsächliche Herrschaftssphäre hinnehmen, ohne Rücksicht darauf, ob ihm ein Recht zum Besitz zusteht.⁸⁰ Der Besitzstand ist als die vorläufige Ordnung tatsächlicher Lebensverhältnisse zu verstehen und ist von Dritten zu achten.⁸¹ Der Grund für den Schutz solcher Lebenssphären liegt nach der verbreiteten Auffassung nicht im Schutz deren physischen Gegenständlichkeit, sondern in der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung.⁸² Dadurch sollen die aufgrund der Verletzung dieser Lebenssphären ausgelösten emotionalen Reaktionen gegeneinander, z.B. der Streit, der Unfrieden oder die Gewalttätigkeit, beseitigt werden.⁸³

Nach dieser Auffassung erfüllt der Besitzschutz im BGB die Funktion eines privatrechtlichen Polizeimittels, das sich auch dem deliktischen Besitzer zuteilen lässt.⁸⁴ Der Bruch einer tatsächlichen Machtlage ist privatrechtlich als Störung des Rechtsfriedens anzusehen und führt zu rechtlichen Reaktionen, wie etwa dem Restitutionsanspruch oder der Selbsthilfe des Besitzers. Die Rechtsfrage, wem die Sache endgültig zuzukommen hat, ist später vor Gericht zu behandeln.⁸⁵ Zur allgemeinen Friedenssicherung tritt der possessorische Besitzschutz anders als die sonstigen zivilrechtlichen Regelungen, die typischerweise vorrangig subjektive Rechte des Einzelnen garantieren, hervor.⁸⁶

⁷⁸ *Bender*, Gewahrsam, S. 8; *Schmidt*, Grundriss, S. 234. Im Ergebnis ebenso *Kargl*, JuS 1996, S. 973 ff.

⁷⁹ *Bamberger/Roth-Fritzsche*, § 854 Rdnr. 10; *MK-Joost*, BGB, § 858 Rdnr. 1, Vor § 854 Rdnr. 12, 15 f.; *Sosnitza*, Besitz, S. 152.

⁸⁰ *Bamberger/Roth-Fritzsche*, § 854 Rdnr. 10; *MK-Joost*, BGB, § 858 Rdnr. 1; *Sosnitza*, Besitz, S. 152.

⁸¹ *Boehmer*, Grundlagen 1, S. 51.

⁸² Vgl. nur *Wolf*, Sachenrecht, Rdnr. 164; *Sosnitza*, Besitz, S. 152; *MK-Joost*, BGB, Vor § 854 Rdnr. 12, § 858 Rdnr. 1; *Bamberger/Roth-Fritzsche*, § 854 Rdnr. 10. Dazu teilweise krit. *Hartung*, Besitz, S. 38 ff.

⁸³ Ähnlich *Kargl*, JuS 1996, S. 974.

⁸⁴ *Boehmer*, Grundlagen 1, S. 51.

⁸⁵ *Boehmer*, Grundlagen 1, S. 51; *MK-Joost*, BGB, § 858 Rdnr. 1.

⁸⁶ *Sosnitza*, Besitz, S. 152; *Bamberger/Roth-Fritzsche*, § 854 Rdnr. 10; *MK-Joost*, BGB, Vor § 854 Rdnr. 15 f. Einige unzutreffende gesetzliche Formulierungen in §§ 858 ff. BGB sind zu beachten. Beim Ausschluss der Besitzschutzansprüche in §§ 861 Abs. 2, 862 Abs. 2 BGB bedeutet der „Rechtsvorgänger“ nicht der Vorgänger eines subjektiven Rechts, sondern der „Vorgänger im Besitz“ (vgl. nur *MK-Joost*, BGB, § 861 Rdnr. 8, § 862 Rdnr. 10, Vor § 854 Rdnr. 9). Darüber hinaus soll § 863 BGB so umformuliert werden, dass ein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung „nicht“ nur zur Begründung des Nichtvorhandenseins der verbotenen Eigenmacht geltend gemacht werden kann. Denn gemäß § 858

Mit anderen Worten kommt dem Besitzschutz eine selbständige Funktion insbesondere gegenüber dem Eigentumsschutz zu.⁸⁷

Die Grundlage des Besitzschutzes ist in § 858 BGB geregelt.⁸⁸ In § 858 Abs. 1 BGB wird die widerrechtliche Besitzbeeinträchtigung als verbotene Eigenmacht bezeichnet und enthält deren nähere Definition. Die verbotene Eigenmacht ist die notwendige Voraussetzung für die in §§ 859 ff. BGB geregelten Rechtsfolgen, die dem Besitzschutz dienen, und damit ist sie der wichtigste Grundbegriff des Besitzschutzes.⁸⁹ Nach § 858 Abs. 1 BGB bedeutet die verbotene Eigenmacht jede gesetzlich nicht besonders gestattete Beeinträchtigung⁹⁰ des bestehenden unmittelbaren (unrechtmäßigen oder rechtmäßigen) Besitzes⁹¹ ohne Einverständnis des Besitzers.⁹² Unfreiwilliger Besitzverlust kann beispielsweise durch Raub, Diebstahl, Versperren des Zugangs⁹³ oder Verweigerung des Zutritts⁹⁴ eintreten.⁹⁵ Im Gegensatz dazu stellt die durch Irrtum oder Täuschung herbeigeführte Besitzentziehung keinen unfreiwilligen Besitzverlust dar.⁹⁶ Der durch Drohung verursachte Besitzverlust wird grundsätzlich von der Rechtsprechung nicht als unfreiwilliger Besitzverlust angesehen, sofern der psychische Zwang nicht einer unwiderstehlichen physischen Gewalt entspricht,⁹⁷ wohingegen ein großer Teil der Lehre die Besitzentziehung durch Drohung als unfreiwilligen Besitzverlust beurteilt⁹⁸. Nach dem soeben Erwähnten wird der unberechtigte Besitzer, der den Besitz sogar durch eine vorsätzliche Straftat erlangt hat, durch § 858 BGB gegen eine widerrecht-

Abs. 1 BGB kann ein Recht zum Besitz oder zur Handlungsvornahme der Begründung der verbotenen Eigenmacht nicht entgegenstehen. Vgl. *Sosnitza*, Besitz, S. 155; *MK-Joost*, BGB, § 863 Rdnr. 6.

⁸⁷ *MK-Joost*, BGB, Vor § 854 Rdnr. 13.

⁸⁸ *MK-Joost*, BGB, § 858 Rdnr. 1.

⁸⁹ *MK-Joost*, BGB, § 858 Rdnr. 1.

⁹⁰ Die gesetzlich gestattete Besitzbeeinträchtigung ist beispielsweise der Fall des Notstands in § 228 BGB. Dazu näher *MK-Joost*, BGB, § 858 Rdnr. 9 f.

⁹¹ *MK-Joost*, BGB, § 858 Rdnr. 1. Der mittelbare Besitzer hat bei der Verletzung des mittelbaren Besitzes keinen selbständigen Besitzschutz. Er kann nur aufgrund der Verletzung des unmittelbaren Besitzes die Ansprüche in § 869 BGB durchsetzen (Dazu näher *MK-Joost*, BGB, § 869 Rdnr. 1 ff.). Darüber hinaus kommt dem Besitzdiener kein eigenes Recht zur Abwehr der verbotenen Eigenmacht zu, weil nach § 855 BGB das Verhältnis des Besitzdieners zur Sache nicht als Besitz begriffen wird. Im Gegensatz dazu ist gemäß § 860 BGB dem Besitzdiener wegen der praktischen Bedeutung ausnahmsweise die Besitzkehr aus eigenem Entschluss zu gestatten. Dazu näher *MK-Joost*, BGB, § 860 Rdnr. 1 ff.

⁹² *MK-Joost*, BGB, § 858 Rdnr. 1.

⁹³ LG Mönchengladbach NJW 1970, 759.

⁹⁴ KG NJW 1967, 1915.

⁹⁵ *MK-Joost*, BGB, § 856 Rdnr. 7.

⁹⁶ BGHZ NJW 1952, 738; 1953, 1506 f.

⁹⁷ BGHZ NJW 1952, 738; 1953, 1506 f.

⁹⁸ Vgl. nur *MK-Joost*, BGB, § 858 Rdnr. 7.

liche Besitzbeeinträchtigung geschützt.⁹⁹

c) Vergleichbarkeit des Besitzschutzes im BGB mit dem Gewahrsamsschutz in § 242 StGB

Weil die herrschende Auffassung des Gewahrsamsbegriffs im Sinne des § 242 StGB, also der faktische Gewahrsamsbegriff, weitgehend der Grundform des unmittelbaren Besitzes im Sinne des § 854 BGB gleichkommt und der Bruch des unrechtmäßigen Gewahrsams im Falle des „Diebesdiebstahls“ — wie im letzten Abschnitt gezeigt wurde — den unfreiwilligen Besitzverlust darstellt, erfüllt der Bruch des unrechtmäßigen Gewahrsams beim „Diebesdiebstahl“ im Großen und Ganzen die Voraussetzungen der verbotenen Eigenmacht. Außerdem genießt der bestohlene unrechtmäßige Gewahrsamsinhaber unter Umständen den Besitzschutz gemäß §§ 858 BGB. Daher scheint die Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams in § 242 StGB und die Schutzwürdigkeit des Diebesgewahrsams durch den Besitzschutz im BGB und dessen Schutzzweck, also die Gewährleistung der öffentlichen Friedensordnung, begründet werden zu können. Die Einwände dagegen werden in den folgenden Abschnitten ausführlicher vorgebracht.

2. Kein umfassender Gewahrsamsschutz in § 242 StGB im Vergleich zum Besitzschutz in §§ 858 ff. BGB

Nach dem soeben Erwähnten stellt der Besitzschutz den Schutz eines tatsächlich bestehenden Zustandes dar. Es ist gleichgültig, ob der Besitzer oder der Besitzstörer ein Recht zum Besitz hat. Wer den unrechtmäßigen Besitz eines anderen nicht dulden will, muss seine Ansprüche in einem privatrechtlichen Prozess durchsetzen und darf nicht eigenmächtig handeln.¹⁰⁰ Nach der Auffassung, dass aufgrund des Besitzschutzes in §§ 858 ff. BGB die im (unrechtmäßigen) Gewahrsam verkörperte Friedensordnung durch § 242 StGB zu schützen sei, muss der strafrechtliche Gewahrsamsschutz gegen Diebstahl wie der zivilrechtliche Besitzschutz umfassend sein.¹⁰¹ Mit anderen Worten soll der Gewahrsamsschutz in § 242 StGB sich grundsätzlich gegen jede Art des Gewahrsamsbruchs richten, wenn der strafrechtliche Friedensschutz wie der zivilrechtliche Friedensschutz als das endgültige Schutzgut des § 242 StGB anerkannt werden soll. Jede Art des Gewahrsamsbruchs, der mit oder ohne

⁹⁹ MK-Joost, BGB, § 858 Rdnr. 1.

¹⁰⁰ MK-Joost, BGB, § 858 Rdnr. 1.

¹⁰¹ Dazu und zum Folgenden vgl. *Ostheimer*, Gewahrsam, S. 56 f.; *Otto*, Struktur, S. 102; ähnlich *Maiwald*, Zueignungsbegriff, S. 204 ff.; *Seelmann/Pfohl*, JuS 1987, S. 201; *Ruhstrat*, GS 24 (1872), S. 144 f.

Zueignungsabsicht des Täters erfolgt sowie der vom Eigentümer gegenüber einem (unrechtmäßigen) Gewahrsamsinhaber vorgenommen wird, beeinträchtigt die öffentliche Friedensordnung und muss nach der Auffassung, dass § 242 StGB neben dem Eigentumsschutz auch eine spezifische Friedensschutzevorschrift sein solle, eine strafrechtliche Sanktion mit sich bringen.

Der Diebstahl führt aber gemäß § 242 StGB nur unter der Voraussetzung, dass der Täter in Zueignungsabsicht eine fremde bewegliche Sache wegnimmt, zu einer Bestrafung.¹⁰² Mit anderen Worten wird in § 242 StGB lediglich ein Ausschnitt aller möglichen Fälle von Gewahrsamsbrüchen mit einbezogen. Der Täter, der mit Vorsatz aber ohne Zueignungsabsicht eine Gebrauchsentwendung — hierbei abgesehen von Fällen des § 248b StGB — begeht, wird nicht von § 242 StGB erfasst, während nach § 858 BGB die Friedensordnung auf diese Weise ebenfalls beeinträchtigt wird. Außerdem kann der Gewahrsam des Nichteigentümers, der zum Schutz der Friedensordnung in §§ 858 ff. BGB auch zu gewährleisten ist, vom Eigentümer — hierbei ungeachtet der Fälle des § 289 StGB — jederzeit ohne strafrechtliche Sanktion aus § 242 StGB gebrochen werden, weil in diesem Fall ein Diebstahl am Fehlen des Tatbestandsmerkmals „Fremdheit der Sache“ scheitert.¹⁰³ Im Vergleich dazu verübt der Eigentümer, der den Besitz eines anderen ohne dessen Willen und die Gestattung des Gesetzes entzieht, nach § 858 Abs. 1 BGB die verbotene Eigenmacht. In diesem Fall steht dem (unrechtmäßigen) Besitzer innerhalb der zeitlichen Grenze des § 859 Abs. 2 BGB das Recht zur Selbsthilfe gegen den Eigentümer oder der Restitutionsanspruch gemäß § 861 Abs. 1 BGB zu, wenn dieser Anspruch nach § 861 Abs. 2 BGB nicht ausgeschlossen wird.¹⁰⁴ Nach § 863 BGB kann der Eigentümer dem Restitutionsanspruch des (unrechtmäßigen) Besitzers aus § 861 Abs. 1 BGB nichts entgegenhalten werden, wenn er dem Besitzer gegenüber die verbotene Eigenmacht begangen hat.¹⁰⁵

Weil der Gewahrsamsschutz in § 242 StGB nach dem soeben Erwähnten lediglich einen Ausschnitt aller möglichen Fälle vom Besitzschutz in §§ 858 ff. BGB darstellt, bleibt den Befürwortern der „Eigentums- & Gewahrsams“-Position noch eine Möglichkeit übrig, die Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams sowie die Schutzwürdigkeit des unrechtmäßigen Gewahrsams in § 242 StGB weiterhin durch den Zweck des Besitzschutzes in §§ 858 ff. BGB,

¹⁰² Dazu und zum Folgenden vgl. *Ostheimer*, Gewahrsam, S. 57; *Otto*, Struktur, S. 102; ähnlich *Maiwald*, Zueignungsbegriff, S. 204 ff.

¹⁰³ Vgl. dazu auch *Seelmann/Pfohl*, JuS 1987, S. 201; *Mitsch*, BT 2/1, § 1 Rdnr. 6. Ähnlich *Ruhstrat*, GS 24 (1872), S. 144 f.

¹⁰⁴ Vgl. *Wolf*, Sachenrecht, Rdnr. 165.

¹⁰⁵ *Wolf*, Sachenrecht, Rdnr. 165; *MK-Joost*, BGB, § 863 Rdnr. 1 ff.

also die Gewährleistung der Friedensordnung, zu begründen. Es müsste nachgewiesen werden, dass die weiteren betroffenen strafrechtlichen Vorschriften, z.B. §§ 248b, 289 StGB, den Besitzschutz in den übrigen Fällen, die außerhalb des Schutzbereichs des § 242 StGB stehen, dienen. Nur dann können die Befürworter der „Eigentums- & Gewahrsams“-Position weiterhin den Standpunkt vertreten, dass die Aufrechterhaltung der öffentlichen Friedensordnung als gemeinsamer Schutzzweck der §§ 242, 248b, 289 StGB zu begreifen sei. Daher müssen im Folgenden zunächst die Tatbestandsstruktur und der Umfang des Gewahrsamsschutzes der §§ 248b, 289 StGB näher ermittelt werden, um schließlich feststellen zu können, ob die durch §§ 858 ff. BGB erstrebte Aufrechterhaltung der öffentlichen Friedensordnung einen gemeinsamen Schutzzweck der §§ 242, 248b, 289 StGB darstellt.

3. Schutz des rechtmäßigen Gewahrsams- oder Besitzinhabers in anderen strafrechtlichen Vorschriften gegen Vermögenswerte

Wie soeben dargestellt, könnten die Vertreter der „Eigentums- & Gewahrsams“-Position aussagen, dass die nicht in § 242 StGB eingeschlossene Gewahrsams- bzw. Besitzentziehung, also die Gebrauchsentwendung und die Wegnahmehandlung vom Eigentümer, in anderen strafrechtlichen Vorschriften gegen Vermögenswerte,¹⁰⁶ z.B. §§ 248b, 289 StGB, geregelt sei. Darüber hinaus könnten die Befürworter der „Eigentums- & Gewahrsams“-Position ausführen, dass der Gesetzgeber deshalb im Strafrecht — anders als im § 858 BGB — keine gemeinsame Vorschrift gegen alle Arten von Besitzentziehung, sondern die unterschiedlichen Tatbestände gegen Gewahrsamsentzug geschaffen hat, weil das Strafrecht unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit zwischen Unrecht und Strafe sowie mit Rücksicht auf den Bestimmtheitsgrundsatz in den einzelnen Vorschriften die unterschiedlichen Arten von Gewahrsamsentzug und die angemessenen Strafen differenziert darstellen muss.¹⁰⁷

Dennoch verdient die soeben angenommene Replik der „Eigentum & Gewahrsams“-Position keine Zustimmung, weil in den folgenden Ausführungen verdeutlicht wird, dass §§ 242, 248b, 289 StGB anders als §§ 858 ff. BGB

¹⁰⁶ Die Besitzstörung, die auch vom Eigentümer des Tatobjekts gegen dessen Besitzer begangen und bestraft werden kann, ist beispielsweise die Urkundenunterdrückung (§ 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Vgl. *Mitsch*, BT 2/1, S. 7 Fn. 15; *Rengier*, BT 2, § 36 Rdnr. 2 f.

¹⁰⁷ A.A. *Ostheimer*, Gewahrsam, S. 58. *Ostheimer* ist der Auffassung, dass der Gesetzgeber einen allgemeinen Tatbestand gegen alle Arten von Gewahrsamsentzug, wie etwa die Regelung des *furtum* im römischen Recht oder in § 858 BGB, schaffen sollte, wenn der Gesetzgeber die am Gewahrsamsverhältnis anknüpfende Friedensordnung durch das Strafrecht schützen wolle.

keinen umfassenden Gewahrsamsschutz oder Besitzschutz bezwecken¹⁰⁸. Wenn die Vertreter der „Eigentums- & Gewahrsams“-Position, die aufgrund der „Einheit der Rechtsordnung“ die durch §§ 858 ff. BGB erstrebte Aufrechterhaltung der allgemeinen öffentlichen Friedensordnung als das Endziel dieser drei strafrechtlichen Vorschriften gegen Vermögensdelikte versteht, die Differenz zwischen §§ 242, 248b, 289 StGB und §§ 858 ff. BGB nicht überzeugend argumentieren können, kann immer bezweifelt werden, ob die den §§ 858 ff. BGB zugrunde liegende Aufrechterhaltung der allgemeinen Friedensordnung tatsächlich den gemeinsamen Schutzzweck der §§ 242, 248b, 289 StGB darstellt.

a) Der beschränkte Gewahrsamsschutz in § 248b StGB

Nach § 248b StGB wird der Täter, der ein Fahrzeug gegen Willen des Berechtigten in Gebrauch nimmt, bestraft. § 248b StGB füllt die durch § 242 StGB hinterlassene Lücke in dem Falle, in dem der Eigentümer oder der Täter ohne dauerhafte Enteignungsabsicht dem berechtigten Gewahrsamsinhaber den beweglichen Gegenstand mit der Absicht, ihn zu gebrauchen, wegnimmt.¹⁰⁹ Ein normalerweise strafloser bloßer „Gebrauchsdiebstahl“, der auch *furtum usus* genannt wird, ist nach § 248b StGB strafbar.¹¹⁰ Gemäß § 248b StGB wird aber die Gebrauchsanmaßung nicht nur durch die Wegnahmehandlung erfüllt.¹¹¹ Der Täter ohne Gewahrsamsentziehung, z.B. bei einer Schwarzfahrt vom Mechaniker mit dem ihm zur Reparatur übergebenen Kraftwagen, ist nach § 248b StGB auch zu bestrafen. Nimmt der Täter dagegen zur Ingebrauchnahme ohne Einverständnis des berechtigten unmittelbaren Besitzers dessen Fahrzeug weg, macht er sich einerseits nach § 248b StGB strafbar und erlangt andererseits den Besitz nach § 858 Abs. 1 BGB durch verbotene Eigenmacht. Zu beachten ist aber, dass der Gewahrsamsschutz beim sog. „Gebrauchsdiebstahl“ in § 248b StGB nur einen Ausschnitt des Besitzschutzes in §§ 858 ff. BGB darstellt und somit der Gewahrsamsschutz in §§ 242, 248b StGB nicht wie der zivilrechtliche Besitzschutz umfassend ist.

Im Vergleich zum Besitzschutz im BGB ist der Gewahrsamsschutz in § 248b StGB in folgender dreifacher Hinsicht zu beschränken: Erstens bezieht sich

¹⁰⁸ Ähnlich *Hirschberg*, Vermögensbegriff, S. 321 f.; *Ruhstrat*, GS 24 (1872), S. 145. Im Ergebnis ähnlich *Backmann*, Abgrenzung, S. 36 Fn. 12. Nach der Meinung *Backmanns* solle die Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams in § 242 StGB verneint werden, weil der Besitz durch Strafrecht, z.B. in § 248b StGB, nur ausnahmsweise geschützt werde. A.A. *Gössel*, BT 2, § 7 Rdnr. 2.

¹⁰⁹ *Rengier*, BT 1, § 6 Rdnr. 4; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2 Rdnr. 394.

¹¹⁰ *Wessels/Hillenkamp*, BT 2 Rdnr. 394.

¹¹¹ Dazu und zum Folgenden *Wessels/Hillenkamp*, BT 2 Rdnr. 398.

das Tatobjekt des § 248b StGB nicht auf alle beweglichen Sachen, sondern nur auf Fahrzeuge. Zweitens kommt als Opfer des § 248b StGB nur der berechtigte Gewahrsamsinhaber in Betracht. Berechtigter im Sinne des § 248b StGB ist nach der herrschenden Meinung nicht nur der Eigentümer des Fahrzeugs, sondern auch derjenige, dem das Recht zur Nutzung des Fahrzeugs zusteht.¹¹² Dazu gehört jeder dinglich oder obligatorisch Berechtigte, z.B. ein Nießbraucher, ein Mieter usw.¹¹³ Demnach kann der Eigentümer des Fahrzeugs, der gegen den Willen des Mieters das Fahrzeug in Gebrauch nimmt, nach § 248b StGB bestraft werden.¹¹⁴ Drittens erfasst § 248b StGB nicht jede beliebige Nutzung des Fahrzeugs, sondern lediglich die Ingebrauchnahme dessen. Ingebrauchnahme im Sinne des § 248b StGB bedeutet ausschließlich die Nutzung des Fahrzeugs als Fortbewegungsmittel.¹¹⁵ Die unbefugte Nutzung eines fremden Kraftfahrzeugs etwa als Schlafgelegenheit ist nach § 248b StGB nicht tatbestandsmäßig.¹¹⁶

Nach dem soeben Erwähnten ist darauf hinzuweisen, dass im Gegensatz zum umfassenden Besitzschutz in §§ 858 ff. BGB der Gewahrsamsschutz in §§ 242, 248b StGB stark beschränkt ist. Wenn die Befürworter der „Eigentums- & Gewahrsams“-Position aufgrund der „Einheit der Rechtsordnung“ die durch §§ 858 BGB bezweckte Aufrechterhaltung der öffentlichen Friedensordnung als den gemeinsamen Schutzzweck der §§ 242, 248b StGB verstünden, müsste die folgende Frage überzeugender erklärt werden: Aus welchem Grund ist der „Gebrauchsdiebstahl“ in den anderen Fällen, also der „Gebrauchsdiebstahl“ gegen den unberechtigten Gewahrsamsinhaber, der nicht zur Nutzung des Fahrzeugs als Fortbewegungsmittel, sondern zu einem anderen Zweck begangene „Gebrauchsdiebstahl“ sowie der auf andere Gegenstände als Fahrzeuge bezogene „Gebrauchsdiebstahl“, nicht — wie in §§ 858 BGB geregelt ist — als Beeinträchtigung der Friedensordnung zu bewerten und daher durch § 248b StGB zu bestrafen?

b) Der beschränkte Gewahrsamsschutz in § 289 StGB

§ 289 StGB gewährt dem Berechtigten den Schutz der Ausübung privater Pfand-, Besitz-, und anderer Gläubigerrechte vor eigenmächtiger Wegnahme

¹¹² BGHSt 11, 47, 51; BGH VRS 39, 199; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2 Rdnr. 396; *Rengier*, BT 1, § 6 Rdnr. 4. A.A. MK-*Hohmann*, § 248b Rdnr. 1 f.; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 248 b Rdnr. 1, 7.

¹¹³ BGH VRS 39, 199; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2 Rdnr. 396.

¹¹⁴ *Wessels/Hillenkamp*, BT 2 Rdnr. 396.

¹¹⁵ BGHSt 11, 44, 45, 47, 49 f.; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2 Rdnr. 397; *Rengier*, BT 1, § 6 Rdnr.

5.
¹¹⁶ *Wessels/Hillenkamp*, BT 2 Rdnr. 397; *Rengier*, BT 1, § 6 Rdnr. 5.

der betroffenen beweglichen Sachen.¹¹⁷ Im Vergleich zu § 242 StGB ergänzt § 289 StGB den Individualschutz in den Fällen, in denen der Täter die eigene Sache wegnimmt oder der Dritte zugunsten des Sacheigentümers die Sache entzieht.¹¹⁸ Im ersten Fall wird bei § 242 StGB das Tatbestandsmerkmal der „fremden“ Sache und im zweiten Fall das Tatbestandsmerkmal der „Zueignungsabsicht“ nicht erfüllt.¹¹⁹ Ungeachtet des Streits, ob die Bedeutung der Wegnahmehandlung im Sinne des § 289 StGB weiter als eine solche des § 242 StGB zu verstehen ist,¹²⁰ ist die Wegnahmehandlung im Sinne des § 242 StGB zweifellos von § 289 StGB erfasst¹²¹. Nach dem soeben Erwähnten stellt § 289 StGB eine Art des „Besitzdiebstahls“ dar, durch den der Täter die Ausübung der geschützten Rechte des Berechtigten eigenmächtig beeinträchtigt.¹²²

Hierfür ist zu beachten, dass § 289 StGB mit der Beschränkung des Täterkreises und des Opferkreises nur teilweise den Gewahrsams- oder Besitzschutz gewährt. Daher ist der Gewahrsamsschutz in §§ 242, 289 StGB nicht umfassend wie der Besitzschutz in §§ 858 ff. BGB. Im Vergleich zum zivilrechtlichen Besitzschutz beschränkt sich der Opferkreis in § 289 StGB nur auf diejenigen, dem ein Pfand-, Nutznießungs-, Gebrauchs- oder Zurückhaltungsrecht an der Sache zusteht.¹²³ Mit anderen Worten bietet § 289 StGB dem unberechtigten Besitzer keinen Besitzschutz gegen den Eigentümer oder den im Eigentümerinteresse handelnden Dritten. Darüber hinaus sind in § 289 StGB nicht alle Täter, die ohne Zueignungsabsicht den Besitz des Berechtigten beeinträchtigen, sondern nur zwei Alternativen des Täterkreises, also der Sacheigentümer selbst oder der im Eigentümerinteresse handelnde Dritte, einbezogen.¹²⁴

Nach dem oben Dargestellten ist festzulegen, dass im Gegensatz zum umfassenden Besitzschutz in den §§ 858 ff. BGB der Gewahrsams- bzw. Besitzschutz in §§ 242, 289 StGB nur unter bestimmten Voraussetzungen vorliegt. Wenn die Befürworter der „Eigentums- & Gewahrsams“-Position aufgrund der „Einheit der Rechtsordnung“ die durch §§ 858 ff. BGB erstrebte Aufrechterhaltung der öffentlichen Friedensordnung als den gemeinsamen Schutzzweck der §§ 242, 289 StGB begreifen, müsste die folgende Frage überzeugender be-

¹¹⁷ Wessels/Hillenkamp, BT 2 Rdnr. 439; Rengier, BT 1, § 28 Rdnr. 1.

¹¹⁸ Rengier, BT 1, § 28 Rdnr. 1.

¹¹⁹ Rengier, BT 1, § 28 Rdnr. 1.

¹²⁰ Dazu näher Wessels/Hillenkamp, BT 2 Rdnr. 442; Rengier, BT 1, § 28 Rdnr. 6 f. m.w.N.

¹²¹ Rengier, BT 1, § 28 Rdnr. 6; Wessels/Hillenkamp, BT 2 Rdnr. 442.

¹²² Wessels/Hillenkamp, BT 2 Rdnr. 439.

¹²³ Rengier, BT 1, § 28 Rdnr. 2 ff.; Wessels/Hillenkamp, BT 2 Rdnr. 439 ff.

¹²⁴ Wessels/Hillenkamp, BT 2 Rdnr. 442; Rengier, BT 1, § 28 Rdnr. 1.

antwortet werden: Aus welchem Grund ist der sog. „Besitzdiebstahl“ in den anderen Fällen, also der „Besitzdiebstahl“ gegen den unberechtigten Gewahrsamsinhaber und der vom Nichteigentümer zum Zweck eigenen Gebrauchs begangene „Besitzdiebstahl“ nicht — wie in §§ 858 BGB geregelt ist — als Beeinträchtigung der Friedensordnung zu bewerten und daher gemäß § 289 StGB zu bestrafen?

c) Fazit

Nach der obigen Ausführung kommt man zu dem Schluss, dass die §§ 242, 248b, 289 StGB anders als die §§ 858 ff. BGB nicht auf den umfassenden Gewahrsams- bzw. Besitzschutz abstellen.¹²⁵ Der Unterschied zwischen §§ 242, 248b, 289 StGB und §§ 858 ff. BGB muss von den Vertretern der „Eigentums- & Gewahrsams“-Position, die aufgrund der „Einheit der Rechtsordnung“ die durch §§ 858 ff. BGB erstrebte Aufrechterhaltung der allgemeinen öffentlichen Friedensordnung auch als Endziel der drei strafrechtlichen Vorschriften gegen Vermögensdelikte verstehen, überzeugend begründet werden. Ansonsten bleibt die Frage nach wie vor offen, ob die von §§ 858 ff. BGB bezweckte Aufrechterhaltung der allgemeinen Friedensordnung tatsächlich den gemeinsamen Schutzzweck der §§ 242, 248b, 289 StGB darstellen kann. Mit anderen Worten kann mangels sachlicher Begründung die soeben erläuterte Differenz zwischen §§ 242, 248b, 289 StGB und §§ 858 ff. BGB nicht entkräftet werden. Im Gegensatz zum zivilrechtlichen Besitzschutz zieht die Besitz- oder Gewahrsamsentziehung einer beweglichen Sache keine strafrechtliche Sanktion aufgrund der Beeinträchtigung der Friedensordnung nach sich, weil die strafrechtlichen Normen gerade nicht vergleichbar mit den §§ 858 ff. BGB den Zweck des allgemeinen Friedensschutzes verfolgen. Bekräftigt wird dies unter anderem durch die Beschränkung des Täter- und Opferkreises im Rahmen der §§ 242, 248b, 289 StGB.¹²⁶

4. Diebstahl als Delikt gegen die Allgemeinheit?

Die soeben erwähnte Problematik, ob die in den §§ 858 ff. BGB bezweckte Aufrechterhaltung der allgemeinen Friedensordnung tatsächlich den gemeinsamen Schutzzweck der §§ 242, 248b, 289 StGB darstellt, spitzt sich zu, wenn ein Blick auf die Eigenschaft des § 242 StGB nach der Rechtsgutslehre ge-

¹²⁵ Ähnlich *Hirschberg*, Vermögensbegriff, S. 321 f.; *Ruhstrat*, GS 24 (1872), S. 145. Im Ergebnis ähnlich *Backmann*, Abgrenzung, S. 36 Fn. 12. Nach der Meinung *Backmanns* solle die Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams in § 242 StGB verneint werden, weil der Besitz durch Strafrecht, z.B. in § 248b StGB, nur ausnahmsweise geschützt werde. A.A. *Gösse*, BT 2, § 7 Rdnr. 2.

¹²⁶ A.A. *Gösse*, BT 2, § 7 Rdnr. 2.

worfen wird. Nach der überwiegend verbreiteten Meinung stellt § 242 StGB ein Eigentumsdelikt dar, dessen Schutzgüter, also Eigentum und Gewahrsam, Individualrechtsgüter sind. Im Gegensatz dazu sind die Befürworter der „Eigentums- & Gewahrsams“-Position der Auffassung, dass die im (unrechtmäßigen) Gewahrsam verkörperte allgemeine öffentliche Friedensordnung als Zweck des Gewahrsamsschutzes in § 242 StGB zu begreifen sei. Nach dieser Ansicht schützt § 242 StGB nicht nur das Individualrechtsgut Eigentum, sondern auch das Rechtsgut der Allgemeinheit, also die im Gewahrsam ausgeprägte öffentliche Friedensordnung.¹²⁷ Die Behauptung, dass der Gewahrsamsschutz in § 242 StGB die Gewährleistung der allgemeinen Friedensordnung darstelle, und die Auffassung, dass § 242 StGB in die Eigentumsdelikte mit einbezogen werde und hauptsächlich bzw. lediglich die Individualrechtsgüter schütze, stehen daher nicht miteinander in Einklang.¹²⁸

Gegen die oben dargestellte Kritik könnten die Vertreter innerhalb der „Eigentums- & Gewahrsams“-Position, die der Ansicht sind, dass die Beeinträchtigung des reinen Gewahrsams durch Diebstahl neben der Gewahrsamsverletzung auch die Eigentumsverletzung des Berechtigten herbeiführe, nicht einwenden, dass der Diebstahl sich nicht nur gegen die öffentliche Friedensordnung, sondern ständig bzw. hauptsächlich gegen das Individualrechtsgut, also Eigentum, richte und § 242 StGB somit in erster Linie als Eigentumsdelikt zähle. Denn nach der im Abschnitt C dargelegten Auseinandersetzung stellt jedenfalls die Entziehung des unrechtmäßigen Gewahrsams beim „Diebesdiebstahl“ überhaupt keine vertiefte bzw. erneute Eigentumsverletzung des Berechtigten dar. Wenn die Befürworter der „Eigentums- & Gewahrsams“-Position den „Diebesdiebstahl“ nach § 242 StGB bestraft haben wollen und zugleich darauf beharren, dass die in §§ 858 ff. BGB bezweckte Aufrechterhaltung der allgemeinen Friedensordnung auch der Schutzzweck des § 242 StGB sei, kann § 242 StGB nicht mehr als Delikt gegen Individualrechtsgüter verstanden werden.

Darüber hinaus sollten die Befürworter des „Eigentums- & Gewahrsams“-Position, die die im (unrechtmäßigen) Gewahrsam verkörperte allgemeine öffentliche Friedensordnung als Zweck des Gewahrsamsschutzes in § 242 StGB annehmen, die Schutzgüter des § 242 StGB jedoch fallspezifisch differenzieren: In dem Falle, in dem lediglich der Eigentümer bestohlen wird, werden einerseits die faktische Ausübungsmöglichkeit des Eigentumsrechts

¹²⁷ Roth, Eigentumsschutz, S. 114. Vgl. auch Hartung, Besitz, S. 38 und Fn. 67 m.w.N.

¹²⁸ Ähnlich Jakobs, Geilen-Symposion, S. 73.

und andererseits die im Gewahrsam des Eigentümers verkörperte Friedensordnung beeinträchtigt. Bei der Entziehung des rechtmäßigen reinen Gewahrsams ist stets die allgemeine Friedensordnung und gegebenenfalls das Eigentum verletzt, falls der Eigentümer dem rechtmäßigen Gewahrsamsinhaber gegenüber nach der Übergabe der Sache noch die faktische Ausübungsmöglichkeit des Eigentumsrechts behält. Bei der Wegnahme rechtswidrig erlangter Sachen etwa beim „Diebesdiebstahl“ liegt dagegen lediglich die Beeinträchtigung der allgemeinen Friedensordnung vor. Diese drei Fälle beinhalten zwei Arten von Rechtsgutsverletzungen. Erstens die als Beeinträchtigung des Individualrechtsguts angenommene Eigentumsverletzung und zweitens die als Beeinträchtigung der Allgemeinheit begriffene Friedensstörung. Infolgedessen ist der § 242 StGB nicht mehr einer bestimmten Schutzguts-kategorie zuzuordnen, also entweder der Kategorie des Individualrechtsguts oder der des Kollektivrechtsguts. Demnach ist die klassifikatorische Funktion der Rechtsgutstheorie nach der Auffassung der Befürworter der „Eigentums- & Gewahrsams“-Position, die die im (unrechtmäßigen) Gewahrsam verkörperte allgemeine öffentliche Friedensordnung als Zweck des Gewahrsamsschutzes in § 242 StGB annehmen, bei § 242 StGB nicht mehr vorhanden.

5. Vernachlässigung der Selbständigkeit des Strafrechts

Zum Zwecke der Einheit der Rechtsordnung wird vertreten, dass der Schutzzweck der §§ 858 ff. BGB, nämlich die Aufrechterhaltung der öffentlichen Friedensordnung, auch für den § 242 StGB gelten solle. Die Schutzwürdigkeit des (unrechtmäßigen) Gewahrsams wird dann ausschließlich auf die genannten zivilrechtlichen Normen gestützt, ohne die strafrechtliche Selbständigkeit zu berücksichtigen. Diese Begründungsweise kann aus dem erweiterten klassischen juristischen Vermögensbegriff abgeleitet werden.

Nach dem im 19. Jahrhundert weit vertretenen klassischen juristischen Vermögensbegriff¹²⁹ sei der Vermögensbegriff kein wirtschaftlicher Begriff, sondern ein reiner Rechtsbegriff.¹³⁰ Damit werde eine wertlose Sache, die auch als Handlungsobjekt des § 242 StGB zu begreifen ist, in den strafrechtlichen

¹²⁹ Vgl. RG 66, 410 f.; 70, 35 f.; 73, 214 f.; *Köstlin*, Abhandlungen, S. 124, 142 f., 152, 162; *ders.*, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, N.F., Bd. 14 (1857), S. 302 ff., 311 f., 384; *Merkel*, Abhandlungen II, S. 99 ff.; *Escher*, Lehre, S. 230. Im 20. Jahrhundert wurde die juristische Vermögenslehre noch von *Binding* und *Gerland* vertreten. Vgl. *Gerland*, Reichsstrafrecht, 2. Aufl., S. 560 f., 637; *Binding*, BT 1, S. 237 ff., 341 ff., 356 ff.

¹³⁰ *Gerland*, Reichsstrafrecht, 2. Aufl., S. 560, 637; *Binding*, BT 1, S. 239; *Merkel*, Abhandlungen II, S. 56, 95 ff.

Vermögensbegriff mit einbezogen.¹³¹ Der strafrechtliche Vermögensbegriff werde grundsätzlich durch das Zivilrecht festgelegt,¹³² und die Vermögensdelikte setzen immer einen Eingriff in fremde Vermögensrechte, also den Verlust eines solchen Rechts oder die Belastung mit einer entsprechenden Verbindlichkeit, voraus.¹³³ Ungeachtet der anderen Kritik am juristischen Vermögensbegriff¹³⁴ wird gegen diese Auffassung eingewandt, dass die zahlreichen rechtlichen oder faktischen Positionen, die noch keine subjektiven Rechten im Sinne des BGB darstellen, wie etwa der Besitz, die Arbeitskraft, das Geschäftsgeheimnis usw., durch das Strafrecht zu schützen seien.¹³⁵ Gegen diesen Einwand könnte der Vertreter des klassischen juristischen Vermögensbegriffs aufgrund gegenwärtiger Zivilrechtsdogmatik den strafrechtlich zu schützenden Vermögensbereich auf die oben genannten rechtlichen oder faktischen Positionen ausdehnen, ohne auf den grundsätzlichen Ausgangspunkt der juristischen Vermögenslehre verzichten zu müssen.¹³⁶ Dennoch ist dem erweiterten klassischen juristischen Vermögensbegriff nicht zuzustimmen. Der methodische Hauptmangel des (erweiterten) juristischen Vermögensbegriffs liegt darin, dass diese Lehre aufgrund des begriffsjuristischen Denkens des 19. Jahrhunderts unmittelbar von der rechtsgebietsübergreifenden Gültigkeit zivilrechtlicher Begriffsbildungen abhängt und die Eigenständigkeit strafrechtlicher Begriffsbildungen aufgibt.¹³⁷

Der Vermögensbegriff wird nicht nur im Strafrecht, sondern auch im bürgerlichen Recht in vielfältigen Zusammenhängen verwendet.¹³⁸ Unter verschiedenen Gesichtspunkten haben Strafrecht und bürgerliches Recht beim Schutz der Person freiheitstheoretische Aufgaben.¹³⁹ In der vom Täter begangenen Straftat gegen die Person drückt sich verallgemeinert der Bedeutungsgehalt von Weltentwürfen aus, dass der Täter durch seine Tat die konstitutiven bzw.

¹³¹ Gerland, *Reichsstrafrecht*, 2. Aufl., S. 560 f.; *Binding*, BT 1, S. 239.

¹³² Gerland, *Reichsstrafrecht*, 2. Aufl., S. 561; *Binding*, BT 1, S. 240.

¹³³ Köstlin, *Abhandlungen*, S. 142 f., 152; *ders.*, *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, N.F., Bd. 14 (1857), S. 302 ff., 311 f.; Merkel, *Abhandlungen II*, S. 99 ff.; *Binding*, BT 1, S. 341. Ähnlich Gerland, *Reichsstrafrecht*, 2. Aufl., S. 637.

¹³⁴ Vgl. nur Pawlik, *Betrug*, S. 254.

¹³⁵ Eckstein, GA 58 (1911), S. 69; Gallas, FS-Eb. Schmidt, S. 410 f.; LK-Lackner, 10 Aufl., § 263 Rdnr. 121; LK-Tiedemann, 11. Aufl., § 263 Rdnr. 128; Cramer, JuS 1966, S. 474; Gössel, BT 2, § 21 Rdnr. 105, 107; Hefendehl, Vermögensgefährdung, S. 100; Heiderich, *Betrug*, S. 54; Satzger, Submissionsbetrug, S. 66; Samson, JA 1989, S. 512; Pawlik, *Betrug*, S. 254.

¹³⁶ Niggli, *Verhältnis*, S. 71 f.; Gallas, FS-Eb. Schmidt, S. 410 f., 417 f.; Pawlik, *Betrug*, S. 255.

¹³⁷ Kritisch insofern auch Bommer, *Grenzen*, S. 10 ff.; Nelles, *Untreue*, S. 350; Pawlik, *Betrug*, S. 255; Cramer, JuS 1966, S. 474; *ders.*, *Vermögensbegriff*, S. 72 ff., 77 ff.; Foth, GA 1966, S. 38; LK-Lackner, 10 Aufl., § 263 Rdnr. 121. Ähnlich Satzger, Submissionsbetrug, S. 66.

¹³⁸ Cramer, *Vermögensbegriff*, S. 79 f.; Hefendehl, *Vermögensgefährdung*, S. 122 ff.; Mayer, *Untreue*, S. 145 ff., 149; Nelles, *Untreue*, S. 317; Pawlik, *Betrug*, S. 253.

¹³⁹ Dazu und zum Folgenden grundsätzlich Pawlik, *Betrug*, S. 253. Vgl. auch Seelmann, *Garantenpflichten*, S. 91; Zieschang, GA 1997, S. 197; Kargl, JA 2001, S. 717 f.

wesentlichen Bedingungen der gesellschaftlich-realen Freiheit des Opfers vernichten will. Das Strafrecht reagiert durch die Strafe missbilligend auf solche widerrechtliche Handlungen. Diese Aufgabe des Strafrechts – der Schutz der Person – unterscheidet sich von der des Zivilrechts, also dem nüchternen Schadensausgleich zwischen Einzelnen, der sich nach der zivilrechtlich-eigenständigen Bewertung auf die Beschädigung konstitutiver oder nicht-konstitutiver Bedingungen der gesellschaftlich-realen persönlichen Freiheit richtet. Nach den soeben erwähnten Unterschieden zwischen Straf- und Zivilrecht kann das Strafrecht nicht ohne eigenständige Prüfung die zivilrechtliche Begriffsbestimmung in die strafrechtlichen Zusammenhänge unmittelbar übernehmen.¹⁴⁰

Demnach muss der Schutzgegenstand des § 242 StGB nach strafrechtlich-eigenständiger Begriffsbildung dargestellt werden. Dennoch darf die strafrechtliche Begriffsbildung die Vorgaben des Zivilrechts nicht völlig übersehen, weil beim Schutz konstitutiver Bedingungen der persönlichen Freiheit, z.B. beim Eigentumsschutz, sich der Schutzzumfang des Straf- und Zivilrechts überschneiden kann. Die Freiheitsgarantien des Strafrechts müssen sich aus einer normativ vorstrukturierten Welt entwickeln.¹⁴¹ Für den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB stellen die betreffenden Regelungen im zivilrechtlichen Bereich die negative Anforderung dar, faktische Positionen ohne rechtliche Begründung aus dem Schutzbereich des § 242 StGB herauszunehmen.¹⁴² Angesichts der Gewährleistung der gesetzlich zulässigen Freiheit durch die strafrechtlichen Delikte gegen die Person muss noch die positive Anforderung erfüllt werden, dass die betreffende Rechtsposition die rechtlich garantierte Freiheit ihres Inhabers im interpersonalen Verhältnis widerspiegelt.¹⁴³ Mit anderen Worten darf das Strafrecht beim Schutz der Person die zivilrechtliche Begriffsbildung nicht ohne Weiteres bzw. unkritisch übernehmen. Beim Schutz der Person müssen die im Zivilrecht anerkannten Konstruktionen mit den im Strafrecht bestehenden Grundsätzen vereinbar sein und insoweit sind sie auf das Strafrecht anzuwenden.¹⁴⁴ Der Schutzgegenstand des § 242 StGB muss inhaltlich mit den allgemeinen freiheitstheoretischen Vorgaben des

¹⁴⁰ Im Ergebnis zutreffend *Cramer*, Vermögensbegriff, S. 72 ff., 77 ff.; *Kargl*, JA 2001, S. 717 ff.; *Schünemann*, Grund, S. 222; *Zieschang*, GA 1997, S. 197. Ähnlich *Schmidt*, Begriff, S. 28 ff. Nach der Ansicht *Niggli* ist der strafrechtliche Vermögensbegriff völlig durch den zivilrechtlichen Vermögensbegriff bestimmt. Vgl. *Niggli*, Verhältnis, S. 161 f.

¹⁴¹ *Schünemann*, Grund, S. 221 f.; *Hefendehl*, Vermögensgefährdung, S. 116, 446; *Pawlik*, Betrug, S. 259.

¹⁴² Grundsätzlich ähnlich *Pawlik*, Betrug, S. 259.

¹⁴³ Grundsätzlich ähnlich *Pawlik*, Betrug, S. 259 f.

¹⁴⁴ *Zieschang*, GA 1997, S. 197.

Strafrechts zusammenpassen, die im Abschnitt E dieser Arbeit dargestellt werden. Nach dem soeben Erwähnten verliert die im erweiterten klassischen juristischen Vermögensbegriff wurzelnde Auffassung ihre Grundlage, wonach die Schutzwürdigkeit des (unrechtmäßigen) Gewahrsams in § 242 StGB ohne Rücksicht auf die eigenständige Begriffsbildung des Strafrechts bzw. einfach unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung unmittelbar durch den Besitzschutz in den §§ 858 ff. BGB zu begründen sei; diese Auffassung verdient damit keine Zustimmung.

II. Bewahrung der Rechtsordnung als selbständiger Grund für den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB?

1. Meinungsstand

Nach einer Auffassung kann der unberechtigte Gewahrsamsinhaber, der die Sache selbst durch Straftat erlangt hat, bestohlen, beraubt oder durch Unterschlagung gemäß § 246 a.F. StGB verletzt werden.¹⁴⁵ Der Grund für den Schutz des (unrechtmäßigen) Gewahrsams etwa nach § 242 StGB liegt nicht darin, dass das Interesse des ersten Diebs zu schützen sei, sondern darin, dass der zweite Diebstahl zumindest mittelbar gegen die allgemeine Rechtsordnung verstoße.¹⁴⁶ Der durch den ersten Diebstahl geschaffene, der Rechtsordnung entgegenstehende Zustand werde durch den zweiten Diebstahl verschlechtert, weil die gestohlene Sache dem rechtmäßigen Besitzer weiter entwendet werde.¹⁴⁷ Nach der Ansicht *Bruns'* soll – entgegen der im vorausgehenden Abschnitt vorgestellten Meinung – der Schutz der allgemeinen Rechtsordnung in § 242 StGB nicht durch den Besitzschutz in den §§ 858 ff. BGB zu begründen sein.¹⁴⁸ Nach den §§ 858 ff. BGB genießt der bestohlene oder beraubte deliktische Besitzer den possessorischen Rechtsschutz gegen verbotene Eigenmacht eines anderen, während das Zivilrecht dem deliktischen Besitzer, dem die Sache durch Unterschlagung gemäß § 246 a.F. StGB entzogen wurde, keinen solchen Schutz gewährt.¹⁴⁹ Die unterschiedlichen Behandlungen im BGB beim deliktischen Besitzer, dem die Sache gestohlen oder durch Unterschlagung gemäß § 246 a.F. StGB entzogen wurde, seien für das Strafrecht nicht von Bedeutung, weil sowohl ein Diebstahl als auch eine Unterschlagung gegen den deliktischen Besitzer die allgemeine Rechtsordnung

¹⁴⁵ RG 70, 9; BGHSt 2, 368; *Bruns*, FS-Mezger, S. 341 f.

¹⁴⁶ RG 70, 9; *Bruns*, FS-Mezger, S. 342; *Klee*, DStrR 85 (1941), S. 47.

¹⁴⁷ RG 70, 9.

¹⁴⁸ *Bruns*, FS-Mezger, S. 342.

¹⁴⁹ *Bruns*, FS-Mezger, S. 342; *Boehmer*, Grundlagen 1, S. 4 f., 51.

beeinträchtigt.¹⁵⁰

Obwohl dem ersten Täter ein mittelbarer Schutz der Deliktsbeute durch die Bestrafung des zweiten Täters zustehe,¹⁵¹ sei Zweck des Strafrechts, die Schuld des Täters zu sühnen und dadurch die allgemeine Rechtsordnung wiederherzustellen, die auch durch die tatbestandsmäßige Handlung des zweiten Täters verletzt werde.¹⁵² Demnach könne dem deliktischen Besitzer die Deliktsbeute gestohlen, geraubt oder unterschlagen und damit der zweite Täter bestraft werden.

2. Parallele Diskussionslage bei Betrug und Nötigung

Eine Parallelentwicklung der soeben erwähnten Argumente stellt sich auch bei anderen Delikten, wie etwa bei Betrug und Nötigung. Ungeachtet des Streits, ob die Drohung im Sinne des § 240 StGB als unfreiwilliger Besitzverlust gemäß §§ 858 ff. BGB zu betrachten ist, behauptet ein Teil der Lehre bei Betrug und Nötigung ohne Anlehnung an §§ 858 ff. BGB oder die anderen außerstrafrechtlichen Vorschriften, dass die Beeinträchtigung der Allgemeinheit als selbständiger Grund für die Bestrafung des Betrügers etwa beim Komplizenbetrug und die Bestrafung des Nötigenden in dem Falle, in dem das Opfer ohne rechtliche Freiheit genötigt wird, anzunehmen sei.

Bei der Bestrafung des sog. Komplizenbetrugs spiegele nach einer Ansicht die Schutzwürdigkeit etwa des betrogenen deliktischen Besitzers die eigenständige Aufgabe des Strafrechts wider, nämlich die Zurückweisung rechtsfeindlicher Willensbetätigung, die die Friedensstörung herbeiführe.¹⁵³ Nach dieser Auffassung liege der Zweck des Strafrechts in erster Linie in der Durchsetzung der im Rechtsgut verkörperten allgemeinen Friedens- bzw. Rechtsordnung, während sich das Zivilrecht hauptsächlich auf den privaten Ausgleich zwischen den Einzelnen beziehe. Durch die differenzierten Funktionen des Strafrechts und des Zivilrechts sei der Unterschied staatlicher Reaktionen in beiden Rechtsgebieten zu rechtfertigen und demnach könne die strafrechtliche Sanktion beim Komplizenbetrug nicht durch die Einheit der Rechtsordnung begründet werden.

Bei den Diskussionen über die Nötigung verstoße der Täter nach einer Auffassung in dem Fall, in dem das Opfer ohne rechtliche Freiheit genötigt werde,

¹⁵⁰ Bruns, FS-Mezger, S. 342. Ähnlich RG 70, 9.

¹⁵¹ Ähnlich Klee, DStrR 85 (1941), S. 47; Hirschberg, Vermögensbegriff, S. 327, 329; Bockelmann, FS-Kohlrausch, S. 249. A.A. Kargl, JA 2001, S.720.

¹⁵² Bruns, FS-Mezger, S. 342.

¹⁵³ Dazu und zum Folgenden Kargl, JA 2001, S. 717 ff.; ähnlich Klee, DStrR 85 (1941), S. 47 f.

gegen § 240 StGB. Denn § 240 StGB gewährleiste in diesem Fall durch den unmittelbaren Schutz persönlicher Verhaltens- bzw. Willensfreiheit des Genötigten¹⁵⁴ auch mittelbar die überindividuellen Rechtsgüter, wie etwa bei Nötigung mit Gewalt das Gewaltmonopol des Staats, den Vorrang staatlicher Zwangsmittel bzw. den Rechtsfrieden,¹⁵⁵ oder bei Nötigung durch Drohung im Straßenverkehr die Einhaltung des Verkehrsfriedens¹⁵⁶. Nach einer ähnlichen Ansicht solle bei Nötigung mit Zwangsmitteln gegen den Genötigten ohne rechtliche Freiheit der Schutz der überindividuellen Rechtsgüter, also die Garantie der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege¹⁵⁷ bzw. die Einhaltung des öffentlich-ordentlichen Verfahrens¹⁵⁸ oder der Vorrang der staatlichen Zwangsmittel¹⁵⁹ in Betracht kommen.

3. Begründungswiderspruch nach der Meinung *Bruns'*

Nach der Ansicht *Bruns'* sind die strafrechtlichen Begriffe unabhängig von zivilrechtlichen und sonstigen außerstrafrechtlichen Normen auszulegen.¹⁶⁰ Gemäß der sog. Emanzipation des Strafrechts begründet *Bruns* einerseits die Strafbarkeit des „Diebesdiebstahls“ durch die Verletzung der Rechtsordnung, die nicht auf der aus §§ 858 ff. BGB abgeleiteten Friedensstörung, sondern auf der strafrechtlich-eigenständigen Beeinträchtigung der Allgemeinheit beruhe.¹⁶¹ Andererseits behauptet *Bruns*, dass der betrogene Dieb aufgrund der Verletzung des rein wirtschaftlichen Vermögens durch § 263 StGB zu schützen sei.¹⁶² Zwar ist die Ansicht *Bruns'* zutreffend, also die Forderung strafrechtlich-selbständiger Begriffsbildung bei der Begründung der Schutzwürdigkeit des betrogenen oder bestohlenen Diebs, aber die Argumente *Bruns'* sind in beiden Fällen aus folgendem Grund widersprüchlich.

Ungeachtet der weiteren Kritik am von *Bruns* beim Betrug vertretenen wirt-

¹⁵⁴ LK-*Träger/Altwater*, 11. Aufl., § 240 Rdnr. 4; *Fezer*, GA 1975, S. 360; *ders.*, JR 1976, S. 95 ff.; *Herzberg*, GA 1997, S. 254 f.; *Arzt*, FS-Welzel, S. 835; *ders.*, FS-Lackner, S. 645. *Arzt* betrachtet die Einhaltung des richtigen Verfahrens durch den Täter als einen Teil normativer Freiheit des Opfers. Es ist aber nicht deutlich zu erklären, aus welchem Grund ein „öffentlich“-prozessrechtliches Element zu einem Teil „privater“ Opferfreiheit werde. Vgl. dazu *ders.*, FS-Lackner, S. 645.

¹⁵⁵ LK-*Träger/Altwater*, 11. Aufl., § 240 Rdnr. 3 f.; *Krey*, BKA III, S. 35 f.; *Roxin*, JuS 1964, S. 377 f.; *Schünemann*, MSchrKrim 1970, S. 261; ähnlich *Herzberg*, GA 1997, S. 254 f. Dazu krit. *Fezer*, GA 1975, S. 360.

¹⁵⁶ BayObLG, NJW 1970, 1804 f.

¹⁵⁷ *Fezer*, GA 1975, S. 359 f.; *ders.*, JR 1976, S. 95 ff.

¹⁵⁸ *Arzt*, FS-Welzel, S. 835; *ders.*, FS-Lackner, S. 645 f.

¹⁵⁹ Bei der Verhinderung der Rechtsverletzungen durch die Nötigung vgl. SSW-*Schluckebier*, § 240 Rdnr. 19; BGHSt 39, 137 f.; 5, 254.

¹⁶⁰ *Bruns*, Befreiung, S. 107 ff.; *ders.*, JR 1984, S. 133 ff.

¹⁶¹ *Bruns*, FS-Mezger, S. 341 f.

¹⁶² *Bruns*, FS-Mezger, S. 341 f.; *ders.*, JR 1984, S. 138 f.; *ders.*, Befreiung, S. 226 ff.

schaftlichen Vermögensbegriff begründet *Bruns* die Schutzwürdigkeit des betroffenen Diebs inkonsistent nicht durch die Beeinträchtigung der allgemeinen Rechtsordnung, sondern lediglich durch die wirtschaftliche Vermögensverletzung. Störe der gegen den Dieb begangene Diebstahl und Raub sowie die gegen den Dieb begangene Unterschlagung im Sinne des § 246 a.F. StGB die allgemeine Rechtsordnung, solle der gegen den Dieb verübte Betrug ebenfalls die allgemeine Rechtsordnung beeinträchtigen. *Bruns* wendet zwar ein, dass der Betrug, anders als der Diebstahl, die Vermögensbeschädigung voraussetze und damit die verbrecherische Willensbetätigung des Betrügers ohne diesen Erfolg nicht als vollendete Tat zu bestrafen sei.¹⁶³ Dieser Einwand kann die anfangs aufgestellte Frage jedoch nicht überzeugender beantworten, aus welchem Grund die Strafbarkeit des vollendeten „Diebesdiebstahls“ nicht lediglich durch die tatsächliche Gewahrsamsverletzung, sondern unerlässlich durch die Beeinträchtigung der allgemeinen Rechtsordnung gerechtfertigt werden soll. Mit anderen Worten erklärt die Auffassung *Bruns'* nicht deutlicher, aus welchem Grund bei der Argumentation der Schutzwürdigkeit des betroffenen Diebs die faktische und individuelle Betrachtungsweise, also der tatsächliche wirtschaftliche Vermögensschaden des Opfers, entscheidend ist und bei der Begründung der Strafwürdigkeit des „Diebesdiebstahls“ dagegen nicht. Beim „Diebesdiebstahl“ soll nämlich nicht die faktische und individuelle Betrachtungsweise, also die tatsächliche Gewahrsamsverletzung des Opfers, ausschlaggebend sein, sondern das rechtliche und überindividuelle Beurteilungskriterium, also die Beeinträchtigung der allgemeinen Rechtsordnung.

4. Diebstahl, Betrug und Nötigung als Delikte gegen die Allgemeinheit?

Bei den Diskussionen über die Schutzwürdigkeit des durch Nötigung, Diebstahl, oder Betrug verletzten Opfers, dem überhaupt keine rechtliche Freiheit zusteht, wird nach den soeben dargestellten Auffassungen mehrfach behauptet, dass die §§ 240, 242, 263 StGB unmittelbar durch den Schutz der persönlichen Willens-, Eigentums- oder Vermögensfreiheit mittelbar die überindividuellen Rechtsgüter bewahren. Ungeachtet des Streits über den genauen Inhalt des verletzten überindividuellen Rechtsguts vernachlässigt diese Behauptung, dass beim durch Nötigung, Diebstahl, oder Betrug verletzten Opfer, dem keine rechtliche Freiheit zusteht, keine (straf)rechtlich schutzwürdige Freiheit des Opfers, sondern nur dessen naturalistische faktische Freiheit bzw. dessen Machtverhältnis zum Rechtsgut verletzt wird. Die vom rechtlichen Gesichtspunkt ausgehende Unannehmbarkeit des Schutzes der naturalistischen indi-

¹⁶³ *Bruns*, Befreiung, S. 232 Fn. 19.

viduellen Freiheit wird im Abschnitt D dargestellt. Nach dieser Auffassung werden lediglich die überindividuellen Rechtsgüter beeinträchtigt. Sie besagt nämlich, dass die §§ 240, 242, 263 StGB unmittelbar durch den Schutz der persönlichen Willens-, Eigentums- oder Vermögensfreiheit mittelbar die überindividuellen Rechtsgüter bewahren, vor allem in den Fällen, in denen keine rechtliche Freiheit des Opfers, sondern nur dessen naturalistische individuelle Freiheit, z.B. das unrechtmäßige Gewahrsamsverhältnis des Bestohlenen zur Sache, verletzt wird.

Mit anderen Worten werden beim Opfer ohne rechtliche Freiheit zur Begründung des Diebstahls-, Betrugs- oder Nötigungsunrechts die Tatsachen herangezogen, die sich nicht mehr auf den Angriff gegen die persönliche Eigentums-, Vermögens- oder Willensfreiheit, also nicht auf die Verletzung der persönlichen rechtlichen Beziehung zum Rechtsgut, sondern nur auf die Beeinträchtigung des Kollektivrechtsguts, beziehen.¹⁶⁴ Im Vergleich dazu liegen in den Fällen, in denen die rechtliche Freiheit des Opfers durch Diebstahl, Betrug oder Nötigung verletzt wird, sowohl die Verletzung des Individualrechtsguts, also die Verletzung der persönlichen Eigentums-, Vermögens- oder Willensfreiheit, als auch die Beeinträchtigung des überindividuellen Rechtsguts, wie etwa die Beeinträchtigung der allgemeinen Friedens- oder Rechtsordnung, vor.¹⁶⁵

Nach dem soeben Dargestellten ergibt sich beim Diebstahl, Betrug oder der Nötigung stets eine Beeinträchtigung des Kollektivrechtsguts und gegebenenfalls eine Verletzung des Individualrechtsguts. Diebstahl, Betrug und Nötigung verwandeln sich daher zu Delikten gegen die Allgemeinheit. Demnach steht die Auffassung, dass die Bewahrung des Kollektivrechtsguts, wie etwa die Gewährleistung der allgemeinen Rechtsordnung, einen selbständigen Grund für den Schutz des (unrechtmäßigen) Gewahrsams in § 242 StGB darstelle, mit der herkömmlichen Auffassung, dass § 242 StGB ein Delikt gegen die Person sei, in krassem Widerspruch. Wären die §§ 240, 242, 263 StGB entsprechend der in diesem Abschnitt vorgestellten Auffassung als Delikte gegen die Person einzuordnen, müssten die Schutzgüter der §§ 240, 242, 263 StGB nach einer teleologischen Reduktion auf die rechtliche Freiheit des Einzelnen, wie etwa Eigentum, den rechtmäßigen Gewahrsam, oder das rechtmäßige Vermögen, beschränkt werden und der „Diebesdiebstahl“ wäre somit nicht gemäß § 242

¹⁶⁴ Ähnliche Auffassung bei der Diskussion über den Nötigungstatbestand vgl. *Hansen*, *Erfassung*, S. 205 Fn. 46.

¹⁶⁵ Ähnliche Auffassung bei der Diskussion über den Betrugstatbestand vgl. *Kargl*, JA 2001, S. 719.

StGB zu bestrafen. Die teleologische Reduktion des Schutzbereichs der §§ 240, 242, 263 StGB auf die rechtliche Freiheit des Einzelnen verdient aber keine Zustimmung, weil sie — wie der obig vorgestellte klassische juristische Vermögensbegriff — die Selbständigkeit des Strafrechts übersieht und damit die strafrechtliche Begriffsbildung völlig vom Zivilrecht oder anderen außerstrafrechtlichen Vorschriften abhängt.¹⁶⁶

Die Behauptung, dass sich die Straftat hauptsächlich als Normwiderspruch¹⁶⁷ bzw. Verletzung des allgemeinen Interesses¹⁶⁸ darstelle und damit ungeachtet der Frage, ob dem Opfer die rechtliche Freiheit zustehe, der Schutz der Person als Nebenwirkung der Gewährleistung der allgemeinen Rechtsordnung zu begreifen sei,¹⁶⁹ kann sowohl für die §§ 240, 242, 263 StGB als auch für die anderen Delikte gegen die Person, wie etwa Totschlag oder Körperverletzung, gelten. Dies führt dazu, dass sich alle Delikte gegen die Person in die gegen die Allgemeinheit verwandeln.¹⁷⁰ Mit anderen Worten schützt das Strafrecht nach dieser Ansicht in erster Linie die Kollektivrechtsgüter. Die Bewahrung der Individualrechtsgüter ist damit lediglich eine Reflexwirkung der Gewährleistung der Kollektivrechtsgüter. Nach dieser Ansicht ist der Mensch nicht mehr das unmittelbare, primäre bzw. wesentlich wichtigste Schutzobjekt des Strafrechts und das Dasein des Menschen dient hauptsächlich dem Dasein der Gemeinschaft.¹⁷¹ Demnach verstößt die Ansicht, dass sich die Straftat vor allem als Normwiderspruch bzw. die Verletzung der Allgemeinheit darstelle und der Schutz des Opfers daher als eine Nebenwirkung der Gewährleistung allgemeiner Rechtsordnung zu verstehen sei, gegen die im Grundgesetz — insbesondere in Artt. 1 und 2 GG — vorgegebene Wertüberzeugung, wonach der Mensch das primäre und wesentlich wichtigste Schutzobjekt des Gesetzes ist. Daher ist diese Ansicht abzulehnen.¹⁷²

Dennoch kann gegen die soeben erwähnte Kritik eingewandt werden, dass die §§ 240, 242, 263 StGB, anders als sonstigen Delikte gegen die Person, wie etwa Totschlag und Körperverletzung, als Delikte gegen die Allgemeinheit einzuordnen sind, weil etwa bei dem Genötigten ohne rechtliche Freiheit, dem

¹⁶⁶ Vgl. dazu die Diskussionen unter B. VII.

¹⁶⁷ Kargl, JA 2001, S. 719.

¹⁶⁸ Kargl, JA 2001, S. 719; Amelung, Rechtsgüterschutz, S. 366 ff., 388 ff.; Honig, Einwilligung, S. 94, 115; Weigend, ZStW 98 (1986), S. 54 ff.

¹⁶⁹ Kargl, JA 2001, S. 719; Amelung, Rechtsgüterschutz, S. 366 ff., 388 ff.; Weigend, ZStW 98 (1986), S. 59 ff.

¹⁷⁰ Amelung, Rechtsgüterschutz, S. 388 ff.; Weigend, ZStW 98 (1986), S. 59 ff.

¹⁷¹ Amelung, Rechtsgüterschutz, S. 366 ff., 388 ff.; Weigend, ZStW 98 (1986), S. 59 ff.

¹⁷² Zaczyk, Unrecht, S. 123; Hassemer, ZStW 87 (1975), S. 162; Meyer, Gefährlichkeitsdelikte, S. 97 f.; Roxin, AT 1, § 2 Rdnr. 116; ders., JA 1980, S. 546; Kargl, ARSP 82 (1996), S. 493 f.; Hefendehl, Rechtsgüter, S. 72 f. Ähnlich Hassemer, Theorie, S. 233; Alexy, Rechte, S. 59.

„Diebesdiebstahl“ oder dem Komplizenbetrug keine Verletzung der rechtlichen persönlichen Freiheit vorliegt.¹⁷³ Im Vergleich dazu kann nach Art. 2 Abs. 2 GG nicht behauptet werden, dass das Opfer des Totschlags und der Körperverletzung kein Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit hätte. Die §§ 212, 223 StGB können sich damit jedenfalls nicht in Delikte gegen die Allgemeinheit verwandeln.¹⁷⁴ Demnach verstößt die Auffassung, dass „lediglich“ die §§ 240, 242, 263 StGB und gegebenenfalls die anderen ähnlichen Delikte als Delikte gegen die Allgemeinheit zu betrachten sind, nicht gegen die im Grundgesetz vorgegebene Wertüberzeugung, also den Vorrang des Menschenschutzes. Diese Auffassung wäre somit zu befürworten.

Wären die §§ 240, 242, 263 StGB und die anderen ähnlichen Delikte dagegen nach der im Grundgesetz vorgegebenen Wertüberzeugung, also dem Vorrang des Menschenschutzes, prinzipiell nicht als Delikte gegen die Allgemeinheit, sondern — wie im geltenden Strafrecht geregelt — als solche gegen die Person einzuordnen, so würde die rechtlich zu garantierende Freiheit des Opfers des „Diebesdiebstahls“ und Komplizenbetrugs sowie in dem Falle, in dem dem Genötigten keine rechtliche Freiheit zusteht, vorliegen und diese persönliche Freiheit würde durch Nötigung, Diebstahl und Betrug unmittelbar verletzt werden. Mit anderen Worten hängt die Einordnung der §§ 240, 242, 263 StGB als Delikte gegen die Person oder als solche gegen die Allgemeinheit von der Frage ab, ob und wie beim Genötigten ohne rechtliche Freiheit, beim „Diebesdiebstahl“ und Komplizenbetrug die rechtlich zu garantierende Freiheit des Opfers zu begründen ist. Der Beantwortung dieser Fragen sind die Diskussionen im Abschnitt E gewidmet.

III. Gewahrsamsverhältnis als generelle Rechtsvermutung des Gewahrsamsinhabers?

1. Meinungsstand

Nach einer Auffassung im Schrifttum liegt der Grund für die Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams in § 242 StGB darin, dass das Gesetz nicht nur die Eigentumsordnung, sondern auch das Gewahrsamsverhältnis des Sachinhabers, das nach der generellen Vermutung zumeist auf einer rechtlichen Grundlage beruhe, schützen wolle.¹⁷⁵ Nach dieser Ansicht zeige sich das tat-

¹⁷³ Ähnliche Auffassung bei der Diskussion über den Betrugstatbestand vgl. *Kargl*, JA 2001, S. 719.

¹⁷⁴ Vgl. *Kargl*, ARSP 82 (1996), S. 493 f.

¹⁷⁵ *Gerland*, Reichsstrafrecht, 2. Aufl., S. 568. Ähnlich *Roterberg*, GS 35 (1883), S. 352; *Bender*, Gewahrsam, S. 7. *Gerland* ist zwar kein Vertreter der Rechtsgutstheorie, aber seine Begründung für die Schutzwürdigkeit des (unrechtmäßigen) Gewahrsams in § 242 StGB

sächliche Gewahrsamsverhältnis bezüglich der Sache als die gewöhnliche Erscheinungsform des Rechts an ihr, die dem Gewahrsamsinhaber die vollständige Ausübung des Rechts zuspreche.¹⁷⁶ Mit anderen Worten stelle sich im Gewahrsam die Tatsächlichkeit und Sichtbarkeit des Eigentums¹⁷⁷ oder der anderen rechtlichen Grundlagen des Gewahrsamsinhabers¹⁷⁸ dar.

Nach der soeben erwähnten Auffassung beeinträchtigt der Diebstahl durch den Gewahrsamsbruch auch das Gewahrsamsverhältnis.¹⁷⁹ Weil sich die Tat gegen Eigentümer und Gewahrsamsinhaber richte, seien beide als Verletzte zu betrachten, wenn sie nicht identisch seien.¹⁸⁰ Nach der Ansicht *Gerlands* sei dies der Fall, wenn der Eigentümer die sich aus dem Eigentum ergebenden Befugnisse an Dritte, z.B. Pfandgläubiger, übertrage und er durch den Diebstahl verletzt bzw. mitenteignet werde, so wie die Entwendung der Sache, die im Miteigentum mehrerer Personen stehe. In beiden Fällen würden mehrere durch die Tat bestohlen. Darüber hinaus könne auch dem Dieb die Beute gestohlen werden,¹⁸¹ weil die Beute im Gewahrsam des Diebs stehe und ihm nach der generellen Vermutung das Recht zustehe, die Beute zu besitzen.

Obwohl die Auffassung, wonach der Gewahrsam die Vermutung der Berechtigung des Gewahrsamsinhabers darstelle, versucht, — wenn sich diese Auffassung nicht auf den Schutz der „*Institution*“ der Rechtsvermutung durch § 242 StGB bezieht — die Eigenschaft des Gewahrsams in § 242 StGB als Individualrechtsgut zu charakterisieren, und sie somit in Einklang mit der herrschenden Meinung — § 242 StGB schützt als Eigentumsdelikt das Individualrechtsgut — steht, begegnet sie Einwänden, die in den folgenden Abschnitten ausführlicher dargestellt werden.

2. Begründungswiderspruch nach der Meinung *Gerlands*

Nach der Meinung *Gerlands* ist der strafrechtliche Vermögensbegriff kein wirtschaftlicher Begriff, sondern ein reiner Rechtsbegriff.¹⁸² Damit werde eine wertlose Sache, die auch als Handlungsobjekt des § 242 StGB zu begreifen ist, in den strafrechtlichen Vermögensbegriff mit einbezogen. Der Vermögensbe-

könnte von Vertretern der Rechtsgutslehre verwendet werden. Daher wird die Meinung *Gerlands* in diesem Abschnitt dargestellt und untersucht. Zu den Einwänden *Gerlands* gegen die Rechtsgutslehre vgl. *ders.*, aaO, S. 106 f.

¹⁷⁶ *Gerland*, Reichsstrafrecht, 2. Aufl., S. 568; *Bender*, Gewahrsam, S. 7.

¹⁷⁷ *Gerland*, Reichsstrafrecht, 2. Aufl., S. 568; *Roterberg*, GS 35 (1883), S. 352; *Bender*, Gewahrsam, S. 7.

¹⁷⁸ *Gerland*, Reichsstrafrecht, 2. Aufl., S. 568; *Bender*, Gewahrsam, S. 7.

¹⁷⁹ *Gerland*, Reichsstrafrecht, 2. Aufl., S. 568; *Roterberg*, GS 35 (1883), S. 351.

¹⁸⁰ Dazu und zum Folgenden *Gerland*, Reichsstrafrecht, 2. Aufl., S. 568 f.

¹⁸¹ *Gerland*, Reichsstrafrecht, 2. Aufl., S. 568 Fn. 4.

¹⁸² Dazu und zum Folgenden *Gerland*, Reichsstrafrecht, 2. Aufl., S. 560 f.

griff im StGB werde durch das Zivilrecht festgelegt, und die Abhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht stelle sich gerade bei Delikten gegen das Vermögen als offensichtlich dar. Demnach behauptet *Gerland*, dass das Gut, welches das Opfer nur widerrechtlich besitze, aus den Vermögensbestandteilen des § 263 StGB auszuschließen sei.¹⁸³ Nach dem etwa von *Gerland* vertretenen juristischen Vermögensbegriff seien lediglich Eingriffe in fremde bürgerlich-rechtliche Vermögensrechte, etwa durch Diebstahl oder Betrug, zu bestrafen.¹⁸⁴

Ungeachtet der Kritik am juristischen Vermögensbegriff steht die soeben referierte Auffassung *Gerlands* offensichtlich in Widerspruch zu seiner Behauptung, dass sich die generelle Rechtsvermutung zugunsten des Gewahrsamsinhabers als Grund für den Schutz des (unrechtmäßigen) Gewahrsams in § 242 StGB darstelle. Denn die Rechtsvermutung für den Gewahrsamsinhaber bedeutet nach der Meinung *Gerlands* nur, dass das Gewahrsamsverhältnis meistens mit dem Eigentumsverhältnis in Einklang stehe oder auf einer anderen rechtlichen Grundlage beruhe.¹⁸⁵ Mit anderen Worten ist die Rechtsvermutung zugunsten des Gewahrsamsinhabers nicht völlig identisch mit der Tatsache, dass dem Gewahrsamsinhaber ein vorhandenes Vermögensrecht an der Sache zusteht. Wenn der strafrechtliche Vermögensbegriff das subjektive bürgerlich-rechtliche Vermögensrecht ist und damit die Werte, die der Geschädigte widerrechtlich besitzt, nicht zu dessen Vermögensbestandteilen im Sinne des § 263 StGB gehören, wäre nach der Meinung *Gerlands* der Bestohlene, der die Sache unrechtmäßig im Gewahrsam behält, ebenfalls aus dem Schutzbereich des § 242 StGB auszuschließen. Denn es lässt sich kein Vermögensrecht des Bestohlenen, der die Sache unrechtmäßig in Gewahrsam hat, verletzen.

Nach dem soeben Erwähnten stehen die Behauptung *Gerlands*, dass der Schutz des (unrechtmäßigen) Gewahrsams in § 242 StGB durch die generelle Rechtsvermutung zugunsten des Gewahrsamsinhabers zu begründen sei, und seine Auffassung, dass das subjektive bürgerlich-rechtliche Vermögensrecht als das Schutzobjekt der Vermögensdelikte anzusehen sei, nicht miteinander in Einklang. Demnach können die beiden Argumentationsstränge *Gerlands* innerhalb seiner Vermögenslehre nicht nebeneinander bestehen.

¹⁸³ *Gerland*, Reichsstrafrecht, 2. Aufl., S. 637.

¹⁸⁴ *Gerland*, Reichsstrafrecht, 2. Aufl., S. 560 f.

¹⁸⁵ *Gerland*, Reichsstrafrecht, 2. Aufl., S. 568.

3. Gewahrsamsschutz in § 242 StGB aufgrund genereller Eigentumsvermutung oder Rechtsvermutung zugunsten des Besitzers in §§ 858 ff. BGB?

Nach der in diesem Abschnitt vorgestellten Ansicht stellt sich die generelle Rechtsvermutung zugunsten des Gewahrsamsinhabers als Grund für den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB dar. Innerhalb dieser Auffassung wird behauptet, dass der Gewahrsamsschutz in § 242 StGB durch die Eigentumsvermutung zugunsten des Besitzers in §§ 858 ff. BGB zu begründen sei.¹⁸⁶ Die Auffassung, dass die Funktion des Besitzschutzes im BGB die Eigentumsvermutung sei, stammt aus der Theorie v. *Jhering*.¹⁸⁷ Seiner Ansicht¹⁸⁸ nach stelle der Besitzschutz im materiell-rechtlichen Sinne die unerlässliche Ergänzung des Eigentumsschutzes und unter verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten eine Beweiserleichterung zugunsten des Eigentümers dar.¹⁸⁹ Mit anderen Worten bezwecke der Besitzschutz im BGB die Gewährleistung des hinter dem Besitz vermuteten Eigentums. Dass der Nichteigentümer auf diese Weise ebenfalls den Besitzschutz genießen kann, erweise sich lediglich als die zwangsläufige Nebenfolge des Eigentumsschutzes.¹⁹⁰

Gegen v. *Jherings* Auffassung ist einerseits einzuwenden, dass im Vergleich zu § 1006 BGB die Eigentumsvermutung durch den Besitzschutz in den §§ 858 ff. BGB heutzutage überflüssig ist.¹⁹¹ Andererseits wird bestritten, dass nach der Ansicht von v. *Jhering* die Eigentumsvermutung in den §§ 858 ff. BGB grundsätzlich nur zugunsten des Eigenbesitzers begründet werde.¹⁹² Mit anderen Worten genießt der Fremdbesitzer nach v. *Jherings* Auffassung anders als der Eigenbesitzer im BGB keinen Besitzschutz. Im Gegensatz dazu gewährt das geltende BGB sowohl dem unmittelbaren Fremdbesitzer als auch dem unmittelbaren Eigenbesitzer den gleichen Besitzschutz. In diesen Zusammenhängen beziehen sich die Schutzobjekte der §§ 858 ff. BGB — wenn die Rechtsvermutung die Grundlage des Besitzschutzes darstellt — auf alle hinter dem Besitz vermuteten Rechte, also nicht nur auf das Eigentum, sondern auch auf die anderen potentiell hinter dem Besitz stehenden dinglichen oder obligatorischen Nutzungsrechte. Demnach stellt der Besitzschutz im geltenden bürgerlichen Recht — abweichend von v. *Jherings* Ansicht — auf die Eigentumsvermutung

¹⁸⁶ *Bender*, Gewahrsam, S. 7.

¹⁸⁷ *Hartung*, Besitz, S. 42; *MK-Joost*, BGB, Vor § 854 Rdnr. 15.

¹⁸⁸ v. *Jhering*, Grund, S. 45 ff.; *ders.*, *JherJb* 32 (1893), S. 58 ff.

¹⁸⁹ Dazu und zum Folgenden vgl. v. *Jhering*, Grund, S. 45, 54; *ders.*, *JherJb* 32 (1893), S. 58 f.

¹⁹⁰ v. *Jhering*, Grund, S. 54 f.; *ders.*, *JherJb* 32 (1893), S. 60.

¹⁹¹ *Wieling*, FG-v. Lübtow, S. 575; *Hartung*, Besitz, S. 43.

¹⁹² *Wieling*, FG-v. Lübtow, S. 575. Dazu und zum Folgenden *Hartung*, Besitz, S. 42 f.

sowie die Vermutung aller rechtlichen Grundlagen des Besitzers ab.

Dennoch scheint die allgemeine Rechtsvermutung zugunsten des Besitzers nicht der Zweck des Besitzschutzes in den §§ 858 ff. BGB zu sein. Wäre dies der Fall, so würde der Besitzschutz im BGB beim endgültig unberechtigten Besitzer entfallen.¹⁹³ Gemäß § 858 BGB bleibt aber die verbotene Eigenmacht immer widerrechtlich, auch wenn sich nachträglich erweist, dass sie gegen den unberechtigten Besitzer verübt worden ist. Die Selbsthilfe des unberechtigten Besitzers bleibt gemäß § 859 BGB nach wie vor rechtmäßig und der Angreifer, sogar der an der Sache berechtigte Angreifer, muss nach § 823 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BGB gegenüber dem endgültig unberechtigten Besitzer den durch verbotene Eigenmacht herbeigeführten Schaden ersetzen. Darüber hinaus steht § 863 BGB dem Schutz des rechtmäßigen Vorbesitzers entgegen. Nach § 863 BGB ist der petitorische Einwand des Rechtsinhabers gegen den unberechtigten Besitzer ausgeschlossen, selbst wenn die Rechtsinhaberschaft des Vorbesitzers und die Unrechtmäßigkeit des Besitzers vor dem Gericht festgestellt oder bewiesen werden.¹⁹⁴

Nach dem soeben Erwähnten liegt der Zweck der §§ 858 ff. BGB jedenfalls nicht im Schutz des hinter dem Besitz vermuteten Rechts.¹⁹⁵ Demnach lässt sich der Gewahrsamsschutz in § 242 StGB nicht durch die Rechtsvermutung oder die Eigentumsvermutung aus dem Besitzschutz in den §§ 858 ff. BGB rechtfertigen.

4. Gewahrsamsschutz in § 242 StGB aufgrund der Rechtsvermutung zugunsten des Besitzers in §§ 1006, 1065, 1227 BGB?

a) Überblick

Neben dem Besitzschutz in den §§ 858 ff. BGB wird der unmittelbare Besitz an beweglichen Sachen als rechtstechnisches Instrument in anderen Vorschriften im BGB verwendet, z.B. den Vorschriften der Rechtsvermutung (§§ 1006, 1065, 1227 BGB), der Eigentumsübertragung (§ 929 BGB), des gutgläubigen Eigentumserwerbs (§ 932 BGB), der Ersitzung (§ 937 BGB) und des Fruchterwerbs (§ 955 BGB).¹⁹⁶ Insoweit hat der unmittelbare Besitz in Bezug auf dingliche Rechte die von der Gewährleistung der Friedensordnung abweichende

¹⁹³ Dazu und zum Folgenden *Hartung*, Besitz, S. 43.

¹⁹⁴ Vgl. auch *Wolf*, Sachenrecht, Rdnr. 165.

¹⁹⁵ *Hartung*, Besitz, S. 43.

¹⁹⁶ *Soergel/Stadler*, Vor § 854 Rdnr. 3; *MK-Joost*, BGB, Vor § 854 Rdnr. 13; *Hartung*, Besitz, S. 18; ähnlich *Quantz*, Besitz, S. 21.

Publizitätsfunktion, indem er im Rechtsverkehr diese Rechte anzeigen soll.¹⁹⁷ Darüber hinaus gewährt § 1007 BGB dem gutgläubigen früheren Besitzer einen besonderen Herausgabeanspruch, den sog. petitorischen Besitzschutzanspruch. Obwohl nach den vorhergehenden Ausführungen der Gewahrsamsschutz in § 242 StGB nicht über die §§ 858 ff. BGB zu begründen war, ließe sich behaupten, dass die oben genannten Vorschriften, also die §§ 929, 932, 937 BGB¹⁹⁸ und die §§ 955, 1006, 1065, 1227 BGB, die Grundlage für den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB schaffen.

Dennoch können nicht alle soeben referierten Vorschriften als Grund für den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB angesehen werden. Weil die Wegnahmehandlung beim Diebstahl keine Eigentumsübertragung im Sinne eines Rechtsgeschäfts gemäß §§ 929, 932 BGB darstellt, der Dieb seinen Rechtsmangel vollständig kennt und er demzufolge nicht gutgläubig im Sinne der §§ 932, 937 Abs. 2, 955 Abs. 1 S. 2, 1007 Abs. 3 BGB ist,¹⁹⁹ kann der Schutz des Diebesgewahrsams in § 242 StGB nicht durch diese zivilrechtlichen Vorschriften begründet werden.

Demnach bleiben nur die zivilrechtlichen Vorschriften in Bezug auf die Rechtsvermutung zugunsten des Besitzers übrig. Obwohl die Ansicht, dass die Rechtsvermutung gemäß §§ 1006, 1065, 1227 BGB als Grund für den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB anzusehen ist, nicht deutlich im strafrechtlichen Schrifttum vorliegt, ist diese Behauptung denkbar²⁰⁰ und soll ausführlicher untersucht werden. Weil die Rechtsvermutung zugunsten des Besitzers in den §§ 1006, 1065, 1227 BGB etwa bei gestohlenen Sachen scheitern kann, ist im Folgenden zuerst die Anwendbarkeit der §§ 1006, 1065, 1227 BGB insbesondere beim „Diebesdiebstahl“ darzustellen und anschließend sind Einwände gegen die soeben erwähnte Ansicht vorzubringen.

b) Anwendbarkeit der §§ 1006, 1065, 1227 BGB etwa beim „Diebesdiebstahl“

Nach den §§ 1006 Abs. 1 S. 1, 1065, 1227 BGB wird zugunsten des gegen-

¹⁹⁷ MK-Joost, BGB, Vor § 854 Rdnr. 13; Quantz, Besitz, S. 33 ff; ähnlich Soergel/Stadler, Vor § 854 Rdnr. 3.

¹⁹⁸ Vgl. Bender, Gewahrsam, S. 7 und Fn. 15.

¹⁹⁹ Vgl. MK-Baldus, BGB, § 937 Rdnr. 25; Staudinger/Wiegand, § 937 Rdnr. 7 f.; Staudinger/Gursky, § 955 Rdnr. 6; MK-Medicus, BGB, § 1007 Rdnr. 5; Staudinger/Gursky, § 1007 Rdnr. 14.

²⁰⁰ Bei den Diskussionen in Bezug auf Betrug ist der Besitz aufgrund des Besitzschutzes und der Rechtsscheinwirkung im BGB als die wirtschaftlich wertvolle und damit durch das Strafrecht zu schützende Vermögensposition anzusehen (Otto, Struktur, S. 55 f.). In zivilrechtlichen Diskussionen ist durch den Beweisvorteil des Besitzers in § 1006 BGB die Grundlage der Besitzkondiktion geschaffen worden. Vgl. dazu Klinkhammer, Besitz, S. 37 ff.

wärtigen Besitzers vermutet, dass er die dinglichen Rechte, wie etwa Eigentum, Nießbrauchsrecht und Pfandrecht, zugleich beim Besitzerwerb beweglicher Sachen erworben hat.²⁰¹ Gemäß den §§ 1006 Abs. 2, 1065, 1227 BGB wird zugunsten des Vorbesitzers angenommen, dass er mit dem Besitzerwerb die oben genannten Rechte gewonnen hat.²⁰² In beiden Fällen bestehen nach dem Besitzerwerb zugunsten des gegenwärtigen und früheren Besitzers Rechte aus allgemeiner Rechtsfortdauervermutung fort.²⁰³ Dass sich § 1006 Abs. 2 BGB auf die Dauer des früheren Besitzes beschränkt, bedeutet nur, dass im Kollisionsfall die Rechtsvermutung aus dem gegenwärtigen Besitz (§ 1006 Abs. 1 BGB) den Vorrang vor der aus dem früheren Besitz (§ 1006 Abs. 2 BGB) hat.²⁰⁴ Die Rechtsvermutung zugunsten des gegenwärtigen Besitzers gegenüber einem Vorbesitzer wird nach § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB ausgeschlossen, wenn dem Vorbesitzer die Sache gestohlen wurde, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, sofern es sich dabei nicht um Geld oder Inhaberpapiere handelt.²⁰⁵ Die Einschränkung des § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB findet auf § 1006 Abs. 2 BGB entsprechende Anwendung.²⁰⁶ Ist die Sache einem Vorbesitzer abhanden gekommen, muss die Rechtsvermutung eines jeden späteren Besitzers entfallen.²⁰⁷

Nach dem soeben Erwähnten ist die Rechtsvermutung zugunsten des 2. Diebs, der dem 1. Dieb die Beute (außer Geld oder Inhaberpapieren) stiehlt, gemäß § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB bei einer petitorischen Klage gegenüber dem 1. Dieb auszuschließen. Dies hängt nicht davon ab, ob der 2. Dieb gegenwärtiger oder früherer Besitzer ist. Solange der bestohlene berechtigte Vorbesitzer oder Eigentümer keinen Einwand gegen den Besitz des 1. Diebs vorbringt, wird der 1. Dieb im Falle des versuchten Diebstahls des 2. Diebs gemäß §§ 1006 Abs. 1 S. 1, 1065, 1227 BGB aufgrund dessen gegenwärtigen Besitzes als der Rechtsinhaber vermutet oder die Rechtsvermutung des 1. Diebs gilt im Falle des vollendeten Diebstahls des 2. Diebs gemäß §§ 1006 Abs. 2, 1065, 1227

²⁰¹ MK-*Medicus*, BGB, § 1006 Rdnr. 13; MK-*Pohlmann*, BGB, § 1065 Rdnr. 4; MK-*Damrau*, BGB, § 1227 Rdnr. 5; Staudinger/*Gursky*, § 1006 Rdnr. 7; Soergel/*Münch*, § 1006 Rdnr. 15, 18.

²⁰² MK-*Medicus*, BGB, § 1006 Rdnr. 20; Staudinger/*Gursky*, § 1006 Rdnr. 19; Soergel/*Münch*, § 1006 Rdnr. 20.

²⁰³ MK-*Medicus*, BGB, § 1006 Rdnr. 13, 20; Staudinger/*Gursky*, § 1006 Rdnr. 7, 19.

²⁰⁴ MK-*Medicus*, BGB, § 1006 Rdnr. 20; Staudinger/*Gursky*, § 1006 Rdnr. 19; Soergel/*Münch*, § 1006 Rdnr. 20.

²⁰⁵ MK-*Medicus*, BGB, § 1006 Rdnr. 18; Staudinger/*Gursky*, § 1006 Rdnr. 15. In diesem Fall gilt die Kontinuität der Rechtsvermutung des letzten früheren Besitzers bis zum Augenblick der gerichtlichen Entscheidung. Vgl. MK-*Medicus*, BGB, § 1006 Rdnr. 20; Staudinger/*Gursky*, § 1006 Rdnr. 19; Soergel/*Münch*, § 1006 Rdnr. 21.

²⁰⁶ MK-*Medicus*, BGB, § 1006 Rdnr. 21; Staudinger/*Gursky*, § 1006 Rdnr. 21; Soergel/*Münch*, § 1006 Rdnr. 22.

²⁰⁷ MK-*Medicus*, BGB, § 1006 Rdnr. 21; Staudinger/*Gursky*, § 1006 Rdnr. 21.

BGB aufgrund dessen früheren Besitzes fort. Der 1. Dieb als der vermutete Rechtsinhaber kann gegenüber dem 2. Dieb etwa wegen eines dinglichen Anspruchs aus § 985 BGB oder eines Anspruchs aus § 823 Abs. 1 BGB die gestohlene Sache zurückfordern oder den entsprechenden Schadensersatz verlangen.²⁰⁸

c) Verstoß gegen den Ermittlungsgrundsatz, die freie Beweiswürdigung und den Grundsatz *in dubio pro reo* im Strafverfahren

Der Hauptzweck der §§ 1006, 1065, 1227 BGB liegt darin, dass im gerichtlichen oder behördlichen Verfahren die Beweislast des Rechtserwerbs zugunsten des gegenwärtigen oder früheren Besitzers zu erleichtern ist.²⁰⁹ Der Besitzer muss nur seinen Besitz nachweisen.²¹⁰ Die zivilrechtlichen Vorschriften der Beweiserleichterung sind aber nicht als Grund für den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB vorzubringen, weil der Grundgedanke der Rechtsvermutung des Besitzers, also dessen Beweiserleichterung im Zivilverfahren, gegen den Ermittlungsgrundsatz²¹¹, die freie Beweiswürdigung²¹² und den Grundsatz *in dubio pro reo*²¹³ im Strafverfahren verstößt.²¹⁴

Der Ermittlungsgrundsatz, der sich etwa in den §§ 155 Abs. 2, 160 Abs. 2, 244 Abs. 2 StPO niederschlägt und auch als Untersuchungs-, Instruktions-, Inquisitionsgrundsatz sowie Prinzip der materiellen Wahrheit bezeichnet wird, besagt, dass die Strafverfolgungsorgane den wahren Sachverhalt, also alle erhebliche,

²⁰⁸ Vgl. MK-Medicus, BGB, § 1006 Rdnr. 8; MK-Pohlmann, BGB, § 1065 Rdnr. 3; MK-Damrau, BGB, § 1227 Rdnr. 1, 6.

²⁰⁹ MK-Medicus, BGB, § 1006 Rdnr. 1; Soergel/Münch, § 1006 Rdnr. 14; NK-Schanbacher, BGB, § 1006 Rdnr. 1; Bamberger/Roth-Fritzsche, § 1006 Rdnr. 4.

²¹⁰ Bamberger/Roth-Fritzsche, § 1006 Rdnr. 1.

²¹¹ Die Nichtanwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtsvermutung aufgrund des Verstoßes gegen den Ermittlungsgrundsatz vgl. RGSt 36, 363; Meyer-Goßner, § 262 Rdnr. 1; Goldmann, Unterschied, S. 53; Gierk, Rechtsvermutungen, S. 34 f.; Bruns, Befreiung, S. 91 Fn. 21, 252; Stein, Wissen, S. 50 f.; Schmid, Präsumtionen, S. 29; Sluzewski, Widerlegung, S. 20; Warlo, Unterschiede, S. 101 f.; Laternser, Vermutungen, S. 70; Hedemann, Vermutung, S. 188 f.; 196 f.; Sieveking, Bedeutung, S. 66. A.A. Rosenberg, Beweislast, S. 223 f., 242.

²¹² Die Nichtanwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtsvermutung aufgrund des Verstoßes gegen die freie Beweiswürdigung vgl. Meyer-Goßner, § 262 Rdnr. 1; Bruns, Befreiung, S. 91 Fn. 21; Warlo, Unterschiede, S. 85 Fn. 2; Sieveking, Bedeutung, S. 66.

²¹³ Die Nichtanwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtsvermutung aufgrund des Verstoßes gegen den Grundsatz *in dubio pro reo* vgl. Hedemann, Vermutung, S. 185 ff.; 196 f.; Leipold, Beweislastregeln, S. 133 ff., 203; Weber, FS-Trusen, S. 595 f.; A.A. Büttner, ZZZ 71 (1958), S. 37.

²¹⁴ Im Ergebnis ebenso RGSt 36, 333 f., 363; 40, 175 f.; 43, 377; GA Bd. 59, 342; JW 1938, 1315; OLG Oldenburg NJW 1952, 118; BGHSt 12, 171; Bruns, FS-Lent, S. 128 f.; Kern, FG-RG, S. 153; Leonhard, Beweislast, S. 237; Plósz, Vorträge, S. 35; ähnlich Kühne, Strafprozessrecht, Rdnr. 953. A.A. Glaser, Handbuch/2, S. 89 Fn. 4, S. 92; Büttner, ZZZ 71 (1958), S. 37; Kohler, AcP 96 (1905), S. 364 f.; Rosenberg, Beweislast, S. 223 f.; Kuttner, JherJb 61 (1912), S. 117 f., S. 117 Fn. 1; Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 109 Rdnr. 15 (§§ 1006, 891 BGB sei im Strafprozess nur zugunsten des Täters anzuwenden); ähnlich Saunus, Strafrichter, S. 10.

entscheidungsrelevante Umstände von Amts wegen im Strafverfahren erforschen und aufklären müssen.²¹⁵ Ungeachtet des Streits über den Unterschied zwischen Tatsachen- und Rechtsvermutung²¹⁶ und abgesehen von dem Streit, ob die Tatsachenvermutung anders als die Rechtsvermutung im Strafverfahren anzuwenden ist,²¹⁷ sind nach einer Ansicht im Schrifttum die zivilrechtlichen Regeln der Rechtsvermutung mit dem Ermittlungsgrundsatz im Strafverfahren aus zwei Gründen unvereinbar.²¹⁸ Erstens stelle die zivilrechtliche Rechtsvermutung nur die Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins eines Rechtszustands²¹⁹ dar und im Strafverfahren gehe es anders als im Zivilverfahren um die materielle Wahrheit, also um die Richtigkeit des Beweisergebnisses.²²⁰ Andererseits liege nach dem Ermittlungsgrundsatz die Beweislast für entscheidungsrelevante Umstände allein beim Staat, also bei der Staatsanwaltschaft und dem Gericht.²²¹ Mit anderen Worten bestehen im Strafprozessrecht keine Regeln der Beweislastverteilung bzw. der Beweiserleichterung zugunsten der Strafverfolgungsorgane. Die zivilrechtlichen Regeln der Rechtsvermutung bzw. der Beweiserleichterung verteilen dagegen die Beweislast unter die Parteien und gelten damit nur im auf dem Prinzip der Verhandlungsmaxime aufgebauten Zivilprozess.²²²

Falls die Rechtsvermutung bzw. die Beweiserleichterung des Besitzers in den §§ 1006, 1065, 1227 BGB als Grund des Gewahrsamsschutzes in § 242 StGB zu betrachten wäre, müssten die Strafverfolgungsorgane grundsätzlich nur den Gewahrsam des Bestohlenen an der Sache von Amts wegen ermitteln und beweisen.²²³ Der Bestohlene würde damit aufgrund des gegenwärtigen Gewahrsams (im Falle des versuchten Diebstahls) oder früheren Gewahrsams (im Falle des vollendeten Diebstahls) im Strafverfahren als Rechtsinhaber betrachtet werden. In diesem Fall müsste der Angeklagte zum Beweis seiner Unschuld selbst darlegen, dass der Bestohlene kein Recht hat, die Sache in seinem Gewahrsam zu behalten. Mit anderen Worten müssten die Strafver-

²¹⁵ *Beulke*, Strafprozessrecht, Rdnr. 21; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rdnr. 299 f.; *Meyer-Goßner*, Einl. Rdnr. 10, § 244 Rdnr. 11.

²¹⁶ Dazu näher *Rosenberg*, Beweislast, S. 227 f.

²¹⁷ Vgl. nur *Bruns*, Befreiung, S. 252 ff.

²¹⁸ Im Ergebnis ebenso *Meyer-Goßner*, § 262 Rdnr. 1; *Goldmann*, Unterschied, S. 53.

²¹⁹ Die Interpretation des Begriffs „Vermutung“ als „das Vorliegen einer Wahrscheinlichkeit“ vgl. auch *Leipold*, Beweislastregeln, S. 131; ähnlich *Gerland*, Reichsstrafrecht, 2. Aufl., S. 568.

²²⁰ *Gierk*, Rechtsvermutungen, S. 34 f.; *Bruns*, Befreiung, S. 91 Fn. 21, 252; *Stein*, Wissen, S. 50 f.; *Schmid*, Präsumtionen, S. 29; *Sluzewski*, Widerlegung, S. 20; *Warlo*, Unterschiede, S. 101 f.; *Latenser*, Vermutungen, S. 70; *Sieveking*, Bedeutung, S. 66.

²²¹ *Kühne*, Strafprozessrecht, Rdnr. 956.

²²² RGSt 36, 363; *Hedemann*, Vermutung, S. 188 f.; 196 f.; *Sieveking*, Bedeutung, S. 66. A.A. *Rosenberg*, Beweislast, S. 223 f., 242.

²²³ Ähnlich *Rosenberg*, Beweislast, S. 242.

folgungsorgane beim Diebstahl aufgrund der Rechtsvermutung des Gewahrsamsinhabers in der Regel den entscheidungsrelevanten Sachverhalt, also die Rechtsinhaberschaft des Gewahrsamsinhabers, nicht erforschen. Der Ermittlungsgrundsatz wird damit unterlaufen.

Gegen die soeben erwähnte Kritik ist einzuwenden, dass — wie bei der richterlichen freien Beweiswürdigung²²⁴ — wegen der Beschränkung der menschlichen Fähigkeit und Erkenntnis durch die Ermittlung von Amts wegen im Strafverfahren grundsätzlich nicht die absolut sichere Tatsache, sondern meistens nur die hohe, an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit festzustellen ist. Mit anderen Worten stellt die Untersuchung der sog. materiellen Wahrheit im Strafverfahren wesentlich auch die Feststellung einer Tatsachen- oder Rechtsvermutung wie die Feststellung formeller Wahrheit im Zivilprozess dar. Demnach liegt der Grund für die Nichtanwendbarkeit zivilrechtlicher Vermutungen im Strafverfahren nicht darin, dass nach den Regeln zivilrechtlicher Vermutungen nicht die materielle Wahrheit, sondern nur die formelle Wahrheit zu erreichen ist und die zivilrechtliche Vermutung daher gegen den Ermittlungsgrundsatz im Strafverfahren verstößt. Die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit zivilrechtlicher Vermutungen im Strafverfahren hängt vielmehr davon ab, ob die lediglich durch eine Ausgangstatsache begründete zivilrechtliche Vermutung, wie etwa die vom Besitz abgeleitete Rechtsvermutung in den §§ 1006, 1065, 1227 BGB, den strengeren Erfordernissen der „Wahrscheinlichkeitsforschung“ im Strafverfahren anzupassen ist. Würde man dies bejahen und grundsätzlich nur die Ausgangstatsache zivilrechtlicher Vermutung durch die Strafverfolgungsorgane von Amts wegen erforschen und dadurch die Vermutung als Beweis im Strafverfahren verwenden, verstieße die Anwendung zivilrechtlicher Vermutungen im Strafverfahren nicht gegen den Ermittlungsgrundsatz und die Vorschriften zivilrechtlicher Vermutung wären somit nicht als Beweislastverteilung bzw. Beweiserleichterungen zugunsten der Strafverfolgungsorgane anzusehen.

Demnach ist im Folgenden festzustellen, ob die vom Besitz abgeleitete Rechtsvermutung in den §§ 1006, 1065, 1227 BGB den strengeren Erfordernissen der „Wahrscheinlichkeitsforschung“ im Strafverfahren gerecht wird. Diese Frage muss verneint werden, denn der Besitzer kann aufgrund einer in den §§ 1006, 1065, 1227 BGB dargestellten rechtlichen Position, wie etwa

²²⁴ Dass keine absolute Sicherheit, sondern die hohe, an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit festzustellen ist, zeigt sich ebenfalls bei den Diskussionen über die freie richterliche Beweiswürdigung. Vgl. dazu *Meyer-Goßner*, § 261 Rdnr. 2; *Beulke*, Strafprozessrecht, Rdnr. 490; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rdnr. 947.

Eigentum, Nießbrauchrecht, und Pfandrecht, die Sache behalten. Er kann aber die Sache aufgrund anderer rechtlicher Grundlagen oder sogar ohne irgendeine rechtliche Grundlage besitzen, wenn er beispielsweise dem früheren Besitzer die Sache gestohlen oder sich eine verlorene Sache zugeeignet hat. Falls das durch den Gewahrsam vermutete Recht gemäß §§ 1006, 1065, 1227 BGB die Grundlage für den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB darstellen würde, könnte eigentlich nur der rechtmäßige Besitzer, also der Eigentümer, Nießbraucher und Pfandgläubiger, den Gewahrsamsschutz gemäß § 242 StGB genießen. Mit anderen Worten ergeben sich aus dem Besitz einer Sache viele verschiedene entscheidungsrelevante Sachverhaltsmöglichkeiten, die die Strafverfolgungsorgane im Strafverfahren von Amts wegen ermitteln und gegebenenfalls ausschließen müssen, weil entsprechend der höheren Erfordernisse an die Beweiskraft im Strafverfahren – verglichen zum Zivilverfahren – die hohe, an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit durch die Strafverfolgungsorgane festzustellen ist. Obwohl sich die Rechtsvermutung in den §§ 1006, 1065, 1227 BGB aus einer nach der Lebenserfahrung tragfähigen Ausgangstatsache bzw. Beweisgrundlage, also dem Besitz, ergibt, kann diese Rechtsvermutung nach den vorangegangenen Ausführungen den strengeren Erfordernissen der „Wahrscheinlichkeitsforschung“ im Strafverfahren nicht angepasst werden und verstößt somit gegen den Ermittlungsgrundsatz im Strafverfahren.

Verstößt die Rechtsvermutung in den §§ 1006, 1065, 1227 BGB gegen den Ermittlungsgrundsatz im Strafverfahren, ist das sich aus der Rechtsvermutung ergebende Ergebnis der Beweisaufnahme als ein *non liquet* zu betrachten und nicht als Grundlage der richterlichen freien Beweiswürdigung zu verwenden. Verurteilt der Richter hingegen den Angeklagten im Falle des Diebstahls einfach aufgrund der Verletzung des vermuteten Rechts vom Gewahrsamsinhaber, wird die Entscheidung nicht nach zweifelsfrei richterlichen Überzeugung, sondern nach dem *non liquet* gefällt. In diesem Fall verstößt die Entscheidung gegen die freie Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO und den Grundsatz *in dubio pro reo*.

Der Gewahrsamsschutz in § 242 StGB lässt sich — abweichend von der Argumentation im Schrifttum — nach dem soeben Erwähnten aufgrund des Verstoßes gegen den Ermittlungsgrundsatz, die freie Beweiswürdigung und den Grundsatz *in dubio pro reo* nicht durch die Rechtsvermutung zugunsten des Besitzers nach §§ 1006, 1065, 1227 BGB begründen. Ansonsten stünden die Begründung des Gewahrsamsschutzes in § 242 StGB und die Wertüberzeu-

gungen im Strafprozessrecht miteinander in krassem Widerspruch. Zur Gewährleistung des Ermittlungsgrundsatzes, der freien Beweiswürdigung sowie des Grundsatzes *in dubio pro reo* im Strafverfahren einerseits und zur Vermeidung des Bewertungswiderspruchs zwischen Strafrecht und Strafprozessrecht andererseits schafft die Rechtsvermutung bzw. die Beweiserleichterung zugunsten des Besitzers in den §§ 1006, 1065, 1227 BGB keine Grundlage für den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB.

5. § 242 StGB als unechtes Verletzungsdelikt?

Die Frage, ob die Auffassung, dass die Rechtsvermutung zugunsten des Gewahrsamsinhabers den Grund für den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB darstellt, ohne oder unter Anlehnung an die zivilrechtlichen bzw. außerstrafrechtlichen Vorschriften zu begründen ist, kann zunächst einmal außen vor gelassen werden. Jedenfalls stimmt diese Ansicht neben der soeben erwähnten Kritik, also dem Verstoß gegen den Ermittlungsgrundsatz, die freie Beweiswürdigung und den Grundsatz *in dubio pro reo* im Strafverfahren, mit der geltenden Auffassung, dass § 242 StGB als Verletzungsdelikt zu charakterisieren ist,²²⁵ nicht überein.

Abgesehen von dem Streit, ob der Unterschied zwischen Verletzungs- und Gefährdungsdelikten in der Beeinträchtigungsintensität des im Straftatbestand geschützten Handlungsobjekts²²⁶, Rechtsguts²²⁷, oder sog. Rechtsgutsobjekts²²⁸ bestehen soll, ist man sich verbreitet einig, dass die Einteilung in Verletzungs- und Gefährdungsdelikte auf die Beeinträchtigungsintensität des betroffenen Rechtsguts abstellt²²⁹. Die Verletzungsdelikte, etwa Tötung, Körper-

²²⁵ Vgl. *Jakobs*, AT, 6. Abschn. Rdnr. 78; *Gerland*, Reichsstrafrecht, 2. Aufl., S. 107; *SSW-Kudlich*, Vor § 13 Rdnr. 25; *Schulenburg*, Zusammenhänge, S. 251 Fn. 53. A.A. *Maurach/Zipf*, AT 1, § 20 Rdnr. 29 f.

²²⁶ *LK-Walter*, Vor § 13 Rdnr. 14, 65. Im Ergebnis ebenso *Wessels/Beulke*, AT, Rdnr. 26; *Jakobs*, AT, 6. Abschn. Rdnr. 78.

²²⁷ *Hirsch*; FS-Tiedemann, S. 147; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 8 Rdnr. 14; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 17 Rdnr. 26 ff., § 20 Rdnr. 29 f. Nach einer Ansicht ist die Beeinträchtigungsintensität des „Handlungsobjekts“ und des „Rechtsguts“ als Maßstab für den Unterschied zwischen Verletzungs- und Gefährdungsdelikten zu betrachten. Vgl. dazu *Roxin*, AT 1, § 2 Rdnr. 68 u. § 10 Rdnr. 123; *Sch/Sch-Eisele*, Vor §§ 13 ff. Rdnr. 129.

²²⁸ *Schulenburg*, Zusammenhänge, S. 250 ff. Nach einer Auffassung beruht der Unterschied zwischen Verletzungs- und Gefährdungsdelikten auf der Beeinträchtigungsintensität des „Rechtsgutsobjekts“ und des „Rechtsguts“. Vgl. dazu *Suhr*, JA 1990, S. 307 f.; *Graul*, Gefährdungsdelikte, S. 107 ff.; *Wohlers*, Deliktstypen, S. 281.

²²⁹ *Hirsch*; FS-Tiedemann, S. 147; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 8 Rdnr. 14; *Roxin*, AT 1, § 2 Rdnr. 68; *Meyer*, Gefährlichkeitsdelikte, S. 154; *Sch/Sch-Eisele*, Vor §§ 13 ff. Rdnr. 129; *SSW-Kudlich*, Vor § 13 Rdnr. 25; *Frisch*, Rechtsgut, S. 233 f.; *Appel*, Verbrechen, S. 1 ff.; *Suhr*, JA 1990, S. 307; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 17 Rdnr. 26 ff., § 20 Rdnr. 29 f.; *Kloepfer/Vierhaus*, Umweltstrafrecht, Rdnr. 19 f.; *Graul*, Gefährdungsdelikte, S. 107 ff.; *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 225; *Wohlers*, Deliktstypen, S. 281; *Pütz*, Gefahrbegriff, S. 26; *Herrmann*, Begriff, S. 24.

verletzung, Diebstahl, Sachbeschädigung usw., stellen für die Rechtsgutsträger bei der Vollendung der Straftat eine reale Beeinträchtigung bzw. eine vollständige Veränderung des betroffenen Rechtsguts dar.²³⁰ Im Bereich der Gefährdungsdelikte dagegen wird bei der Vollendung der Straftat eine intensive Bedrohung bzw. eine Gefahrenlage für das Rechtsgut herbeigeführt.²³¹ Nach der überwiegend vertretenen Auffassung sind die Schutzgüter des § 242 StGB Eigentum und Gewahrsam. Im Falle des vollendeten Diebstahls liegen beim Gewahrsamsinhaber der Gewahrsamsverlust und beim Eigentümer die Einbuße der tatsächlichen Ausübungsmöglichkeit der Eigentumsbefugnis vor. Gewahrsamsverlust und Einbuße der tatsächlichen Ausübungsmöglichkeit der Eigentumsbefugnis beim betroffenen Rechtsgutsträger des § 242 StGB erweisen sich als die vollständige Veränderung deren Rechtsgüter und daher ist § 242 StGB als Verletzungsdelikt einzuordnen.²³²

Würde der Schutz des vermuteten Rechts des Gewahrsamsinhabers die Grundlage für den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB darstellen, so wäre nicht der Gewahrsam selbst, sondern das hinter dem Gewahrsam eventuell stehende Recht das eigentlich durch § 242 StGB geschützte rechtliche Interesse. Außerdem bedeutet die generelle Rechtsvermutung für den Gewahrsamsinhaber, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit das Recht habe, die Sache in seinem Gewahrsam zu behalten.²³³ Danach fiel die Gewahrsamsverletzung durch Diebstahl nicht immer mit der Rechtsverletzung zusammen und der Gewahrsamsschutz nach § 242 StGB wäre dem Schutz gegen die Möglichkeit der Rechtsverletzung, also gegen die Unentschiedenheit über den Eintritt oder das Ausbleiben der Rechtsverletzung,²³⁴ gleichzusetzen. Mit anderen Worten läge bei der Gewahrsamsverletzung durch vollendeten Diebstahl nicht immer die reale Rechtsbeeinträchtigung, sondern nur die Gefahr für das hinter dem Gewahrsam eventuell stehende Recht, also die Gefahr für das durch § 242 StGB zu schützende rechtliche Interesse²³⁵, vor. Demnach

²³⁰ Vgl. *Suhr*, JA 1990, S. 307.

²³¹ Vgl. *Suhr*, JA 1990, S. 307.

²³² Ähnlich *SSW-Kudlich*, Vor § 13 Rdnr. 25.

²³³ Vgl. *Gerland*, *Rechtsstrafrecht*, 2. Aufl., S. 568. Der Begriff „Vermutung“ ist als „das Vorliegen einer Wahrscheinlichkeit“ zu verstehen. Vgl. dazu auch *Leipold*, *Beweislastregeln*, S. 131.

²³⁴ Der Begriff „Möglichkeit“ ist bei den Gefährdungsdelikten als „die Unentschiedenheit über den Eintritt oder das Ausbleiben eines zukünftigen Ereignisses“ zu begreifen. Vgl. dazu *Bassenge*, *Gefahr*, S. 31; *Finger*, *Begriff*, S. 17; *Rittler*, *Lehrbuch* 1, S. 86; *Appel*, *Verbrechen*, S. 8.

²³⁵ Ungeachtet des Streits über die subjektive und objektive Gefahrtheorie (dazu näher *Pütz*, *Gefahr*, S. 1 ff.; *Nick*, *Gefahr*, S. 1 ff.) wird der Begriff „Gefahr“ bei den Gefährdungsdelikten verbreitet als (subjektive oder objektive) Möglichkeit der Rechtsgutseinbuße interpretiert. Vgl. *Meyer*, *Gefährlichkeitsdelikte*, S. 183; *Wohlers*, *Deliktstypen*, S. 281; *Gallas*,

erwiese sich § 242 StGB nach der Auffassung der Befürworter der „Eigentums- & Gewahrsams“-Position, die den Schutz des vermuteten Rechts des Gewahrsamsinhabers als Grund für den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB vorbringen, bei der Eigentumsverletzung als Verletzungsdelikt und jedenfalls bei der Verletzung des unrechtmäßigen Gewahrsams hingegen als Gefährdungsdelikt, und zwar als abstraktes Gefährdungsdelikt. Die klassifikatorische Funktion der Einteilung in Verletzungs- und Gefährdungsdelikte²³⁶ läge mithin bei § 242 StGB nicht mehr vor.

Außerdem lässt sich nicht behaupten, dass nicht der Schutz der hinter dem Gewahrsam stehenden vermuteten Rechte, sondern die Gewährleistung der etwa in den §§ 1006, 1065, 1227 BGB geregelten rechtlichen „Institution“ der Rechtsvermutung die Grundlage für den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB wäre. Nach dieser Behauptung ergäbe sich aus der Gewahrsamsverletzung durch den vollendeten Diebstahl zwar die reale Beeinträchtigung des in § 242 StGB zu schützenden rechtlichen Interesses, also die Störung der rechtlichen Institution der Rechtsvermutung, und damit wäre § 242 StGB als Verletzungsdelikt zu qualifizieren. Diese Auffassung führt aber dazu, dass sich § 242 StGB jedenfalls bei der Verletzung des unrechtmäßigen Gewahrsams aufgrund der Störung der rechtlichen Institution der Rechtsvermutung, also der Beeinträchtigung des allgemeinen Rechtsguts, völlig in ein Delikt gegen die Allgemeinheit verwandelt, und folglich mit der herrschenden Meinung – § 242 StGB sei als Delikt gegen die Person bzw. Individualrechtsgüter zu charakterisieren – nicht in Einklang steht.²³⁷

IV. Haftungspflicht des Gewahrsamsinhabers insbesondere gegenüber dem Eigentümer als Grund für den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB?

Nach einem Teil der Literatur ist die Schutzwürdigkeit des (unrechtmäßigen) Besitzes in § 263 StGB²³⁸ oder in §§ 812²³⁹, 823²⁴⁰ BGB durch die Haftungs-

FS-Heinitz, S. 176; *Finger*, Begriff S. 17 f.; *Hirsch*, FS-Lüderssen, S. 259 Fn. 34.; *ders.*; FS-Tiedemann, S. 147 f.; *Schünemann*, JA 1975, S. 796 f.; *Schröder*, ZStW 81 (1969), S. 8; *Bassenge*, Gefahrbegriff, S. 18 ff.; *Volz*, Unrecht, S. 8; *Lackner*, Gefährdungsdelikt, S. 16; *Schmidhäuser*, AT, S. 207; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 20 Rdnr. 29; *Pütz*, Gefahrbegriff, S. 9; *Herrmann*, Begriff, S. 24; *Finger*, FG-Frank 1, S. 230 ff., 239. Ähnlich RGSt 30, 179; BGHSt 18, 271; *Schröder*, JZ 1967, S. 522; *Koriath*, GA 2001, S. 74; *Boldt*, ZStW 55 (1935), S. 58; *Meyer-Gerhards*, JuS 1972, S. 507; *Rabl*, Gefährdungsvorsatz, S. 6; *Henckel*, Gefahrbegriff, S. 15 ff., 30; *Appel*, Verbrechen, S. 10; *Rittler*, Lehrbuch 1, S. 85; *Nick*, Gefahr, S. 5 f.

²³⁶ Zum Einwand gegen die klassifikatorische Funktion der Einteilung in Verletzungs- und Gefährdungsdelikte vgl. *Schulenburg*, Zusammenhänge, S. 251 u. Fn. 53; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 20 Rdnr. 29 f.

²³⁷ Dazu näher vgl. die Diskussionen unter B I. 4.

²³⁸ *Gryziecki*, Studien, S. 41.

pflicht des Besitzers insbesondere gegenüber dem Eigentümer etwa aus §§ 989, 990, 992 BGB zu begründen. Bei der Diskussion über die Antragsberechtigung des Gewahrsamsinhabers in § 247 StGB wird in der Literatur diese Begründungsweise teilweise ebenfalls verwendet.²⁴¹ Aufgrund der Begriffsähnlichkeit zwischen dem unmittelbaren Besitz im BGB und dem Gewahrsam in § 242 StGB sowie wegen der engen Definitionsbeziehung zwischen dem Antragsberechtigten in § 247 StGB und dem Verletzten in § 242 StGB, liegt es nahe, dass der Gewahrsamsschutz in § 242 StGB auch durch die Haftungspflicht des Gewahrsamsinhabers dem Eigentümer gegenüber zu begründen wäre. Nach der soeben referierten Auffassung gewährt der Besitz an der Sache dem (unrechtmäßigen) Besitzer die Möglichkeit, die Haftungspflicht dem Eigentümer gegenüber nicht durch sein eigenes Vermögen zu erfüllen.²⁴² Werde dem Besitzer die Sache vom Dritten entzogen, sei die Ersatzpflicht des bisherigen Besitzers dem Eigentümer gegenüber durch das ihm gehörige Vermögen zu erfüllen und ein Teil seines Vermögens, der dem Wert der entzogenen Sache entspreche, sei damit aus dessen Eigentumssphäre auszuschneiden.²⁴³ Demnach sei im Falle der weiteren Sachentziehung die Verringerung des Gesamtvermögens des (unrechtmäßigen) Besitzers zur Erfüllung der Ersatzpflicht gegenüber dem Eigentümer als Grund für den Besitzschutz gemäß § 263 StGB und für die Antragsberechtigung des (unrechtmäßigen) Gewahrsamsinhabers in § 247 StGB vorzubringen.

Diese Auffassung ist vielfacher Kritik ausgesetzt. Teilweise geht man davon aus, dass im konkreten Fall das Vorhandensein bzw. die Gültigkeit der Haftungspflicht des Besitzers gegenüber dem Eigentümer unbestimmt und damit der konkrete Vermögensschaden des Besitzers nicht festzulegen sei.²⁴⁴ Andererseits wird eingewandt, dass gemäß § 255 BGB die Ersatzpflicht des bisherigen Besitzers gegenüber dem Eigentümer durch die Abtretung der Er-

²³⁹ *Lopau*, JuS 1980, S. 506.

²⁴⁰ BGH NJW 1981, 752; 1984, 2570; *Lopau*, JuS 1980, S. 506; *Medicus*, AcP 165 (1965), S. 122 f., 136 f.; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rdnr. 607; *Wieser*, JuS 1970, S. 558; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, S. 100 f.; *MK-Mertens*, BGB, 3. Aufl., § 823 Rdnr. 145 f.; *Oppermann*, Schadensersatz, S. 93 f. Ähnlich *Hellwig*, Verträge, S. 85 f.; *ders.*, Anspruch, S. 194 f.

²⁴¹ RGSt 19, 379; *Hälschner*, Das preußische Strafrecht 2/2, S. 452; *ders.*, Das deutsche Strafrecht 2/1, S. 307; *Oppenhoff*, Strafgesetzbuch, § 247 Anm. 10; *Köstlin*, Abhandlungen, S. 311; *Schwarze*, Kommentar, § 247 Anm. 1. A.A. *Dochow*, HH 4, S. 265.

²⁴² *Gryziecki*, Studien, S. 41; *Medicus*, AcP 165 (1965), S. 136 f.

²⁴³ *Gryziecki*, Studien, S. 41; *Medicus*, AcP 165 (1965), S. 136 f. Insoweit zustimmend *Schumann*, Anwendbarkeit, S. 75. Nach der Meinung *Schumanns* wird aber ein strafbarer Betrug bei der Entziehung der verbrecherisch erlangten Sache aufgrund der fehlenden Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils verneint. Vgl. *Schumann*, aaO, S. 76.

²⁴⁴ v. *Bar*, GA 19 (1871), S. 649 f.; *Ruhstrat*, GS 24 (1872), S. 145, 147; ähnlich *Merkel*, HH 3/2, S. 712 Fn 2.

satzansprüche des Eigentümers letztlich auf den Eingriff des Dritten zurückgehe und damit der bisherige Besitzer keinen Vermögensschaden erleiden könne.²⁴⁵ Nach einer anderen Gegenauffassung sei in dem Falle, in dem der Dieb und der Dritte gegenseitig den Betrug verüben, die Vermögensqualität des durch den Diebstahl erlangten Besitzes zu verneinen, weil der Dieb ohnehin zur entschädigungslosen Herausgabe an den Eigentümer verpflichtet sei und er durch den Betrug des Dritten daher keinen Vermögensschaden erleide.²⁴⁶ Darüber hinaus wird eingewandt, dass die Haftungspflicht des Besitzers gegenüber dem Eigentümer in der Regel dessen Verschulden dafür voraussetze, dass die Sache dem Eigentümer nicht herausgegeben werden könne, und das Verschulden des Besitzers nicht als Voraussetzung für den Besitzschutz in § 263 StGB oder in §§ 812, 823 BGB sowie für die Antragsberechtigung in § 247 StGB anzunehmen sei.²⁴⁷ Letztlich wird der überzeugendere Einwand vorgebracht, dass die Begründung der Antragsberechtigung des Gewahrsamsinhabers in § 247 StGB durch dessen Haftungspflicht gegenüber dem Eigentümer dazu führe, dass § 242 StGB sich vom Eigentumsdelikt zum Vermögensdelikt verwandele, weil der bestohlene Gewahrsamsinhaber in § 242 StGB und zugleich der Antragsberechtigte gemäß § 247 StGB durch sein eigenes Vermögen die Haftungspflicht gegenüber dem Eigentümer erfüllen müsse.²⁴⁸

V. Gewahrsamsschutz in § 242 StGB aufgrund der gegenüber § 246 StGB erhöhten Strafandrohung?

Vor und nach der Gesetzesänderung der §§ 242, 246 StGB durch das 6. StrRG vom 26. Januar 1998 begründet eine Auffassung die Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams und daher die Schutzwürdigkeit des (unrechtmäßigen) Gewahrsams in § 242 StGB dadurch, dass im Vergleich zur Unterschlagung die strengere Strafandrohung des Diebstahls gerade auf der Mehrzahl verletzter Rechtsgüter beruhe.²⁴⁹ Nach dieser Ansicht beziehe sich die Wegnahme — anders als das Rechtsgut „Eigentum“ — auf ein strafrechtlich originäres Rechtsgut „Gewahrsam“, das nicht mit dem zivilrechtlichen Besitzbegriff

²⁴⁵ Mincke, JZ 1984, S. 865 f.

²⁴⁶ Bommer, Grenzen, Fn. 779.

²⁴⁷ Vgl. Klinkhammer, Besitz, S. 45; Mincke, JZ 1984, S. 865; Ruhstrat, GS 24 (1872), S. 145 ff.

²⁴⁸ v. Bar, GA 19 (1871), S. 649.

²⁴⁹ Zur Auffassung vor dem 6. StrRG vgl. BGHSt 10, 401; Frank, Strafgesetzbuch, 18. Aufl. § 247 Anm. I; Gösse, BT 2, § 7 Rdnr. 1 f. Ähnlich Allfeld/Meyer, Lehrbuch, S. 442; LK-Ruß, 11. Aufl., Vor § 242 Rdnr. 3; Roth, Eigentumsschutz, S. 26. Zur Auffassung nach dem 6. StrRG vgl. SK-Hoyer, § 242 Rdnr. 1, 20; Schramm, JuS 2008, S. 679.

gleichzusetzen sei.²⁵⁰ Im Folgenden wird dieser Auffassung nach der früher und gegenwärtig geltenden Fassung der §§ 242, 246 StGB ausführlicher nachgegangen.

1. Fehlende Begründungskraft dieser Auffassung bei § 242 aF StGB gegenüber § 246 aF StGB

Der Begründung der Rechtsgutseigenschaft des (unrechtmäßigen) Gewahrsams durch die strengere Bestrafung des § 242 aF StGB gegenüber § 246 aF StGB liegt der systematische Vergleich der Tatbestandsstrukturen und Rechtsfolgen beider Vorschriften zugrunde. § 246 Abs. 1 aF StGB lautet: „Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe und, wenn die Sache ihm anvertraut ist, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“ Im Gegensatz dazu war nach § 242 Abs. 1 aF StGB der Dieb nur bei rechtswidriger selbstbezogener Zueignungsabsicht mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe zu bestrafen. Dass Diebstahl „Zueignung durch Wegnahme“ und Unterschlagung „Zueignung ohne Wegnahme“ dargestellt habe, sei die zutreffende Kennzeichnung der beiden Delikte gewesen.²⁵¹ Im Vergleich zu § 246 Abs. 1 aF StGB wurde aus dem kennzeichnenden Tatbestandsmerkmal „Gewahrsamsbruch“ sowie der strengeren Bestrafung des § 242 Abs. 1 aF StGB abgeleitet, dass beim Diebstahl der Gewahrsam als ein eigenständiges Rechtsgut neben dem Eigentum anzusehen sei.²⁵²

Gegen die soeben erwähnte Auffassung wurde eingewandt, dass gegenüber § 246 Abs. 1 aF StGB der Gewahrsamsbruch in § 242 Abs. 1 aF StGB nur die spezifische Angriffsform der Eigentumsverletzung darstelle und der Gewahrsam daher nicht mehr zum gegenüber § 246 aF StGB selbstständigen Rechtsgut zu erheben sei.²⁵³ Mit anderen Worten ergibt sich lediglich aus dem systematischen Vergleich der Tatbestandsstrukturen und Rechtsfolgen zwischen § 242 Abs. 1 aF StGB und § 246 Abs. 1 aF StGB nicht ohne Weiteres, dass der Gewahrsam ein selbstständiges Rechtsgut in § 242 aF StGB ist. Nicht nur die Auffassung, dass nach einem Vergleich der früher geltenden Fassung

²⁵⁰ SK-Hoyer, § 242 Rdnr. 20.

²⁵¹ Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 57.

²⁵² BGHSt 10, 401; Frank, Strafgesetzbuch, 18. Aufl. § 247 Anm. I; Gössel, BT 2, § 7 Rdnr. 1 f. Ähnlich Allfeld/Meyer, Lehrbuch, S. 442; LK-Ruß, 11. Aufl., Vor § 242 Rdnr. 3; Roth, Eigentumsschutz, S. 26.

²⁵³ Sch/Sch-Eser, 25. Aufl. (1997), § 242 Rdnr. 1; Maiwald, Zueignungsbegriff, S. 206; Mayer, JZ 1958, S. 284. Ähnlich Ruhstrat, GS 24 (1872), S. 145; Binding, BT 1, S. 294; Cramer, Vermögensbegriff, S. 94.

des § 242 StGB mit der des § 246 StGB der Gewahrsam als ein selbständiges Rechtsgut zu begreifen sei, kann die erhöhte Bestrafung des Diebstahls zur Folge haben. Die Ansicht, dass gegenüber der Unterschlagung sich der Gewahrsamsbruch durch den Diebstahl als eine spezifische Angriffsart gegen das Eigentum erweise, kann ebenfalls zu demselben Ergebnis führen.

Diesem Einwand ist aber nicht zuzustimmen. Nach den Ausführungen im Abschnitt C wird festgelegt, dass der Gewahrsamsbruch, jedenfalls beim „Diebesdiebstahl“, keine weitere bzw. vertiefte Eigentumsverletzung herbeiführt und daher nicht immer als eine spezifische Angriffsart der Eigentumsverletzung zu verstehen ist. Demnach bleibt nur die Möglichkeit — wenn das Eigentum überhaupt ein selbständiges Rechtsgut des § 242 aF StGB sein soll — übrig, dass der Gewahrsam, wie die herrschende Meinung behauptet, aufgrund der gegenüber § 246 aF StGB erhöhten Strafandrohung des § 242 aF StGB ein selbständiges Rechtsgut des § 242 aF StGB neben dem Eigentum darstellt und die Bestrafung des „Diebesdiebstahls“ durch reine Gewahrsamsverletzung zu begründen ist. Diese Auffassung verdient aber ebenfalls keine Zustimmung, weil nach den vorhergehenden Ausführungen in diesem Abschnitt die bisher im Schrifttum vorgebrachten Argumente die Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams nicht überzeugend rechtfertigen können.

Nach den obigen Ausführungen ist darauf hinzuweisen, dass ohne weitere Argumente lediglich nach der gegenüber § 246 aF StGB strengeren Bestrafung des § 242 aF StGB nicht festzulegen ist, ob der Gewahrsamsbruch in § 242 aF StGB als eine eigenständige Rechtsgutsverletzung oder eine spezifische Angriffsform der Eigentumsverletzung zu verstehen ist. Mit anderen Worten hat das Argument, also die gegenüber § 246 aF StGB erhöhte Strafandrohung des § 242 aF StGB, keine selbstständige bzw. entscheidende Begründungskraft für oder gegen die Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams in § 242 aF StGB. Zur Beantwortung der Frage, ob § 242 aF StGB auch Gewahrsam schütze, sind zusätzliche, stärkere Argumente vonnöten. Bei den Ausführungen zu Abschnitt C und diesem Abschnitt wird gezeigt, dass nach den bisher im Schrifttum vorgebrachten Argumenten die Befürwortung oder die Ablehnung der Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams in § 242 aF StGB nicht überzeugend zu begründen ist. Daher bleibt die Frage nach der Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams in § 242 aF StGB noch offen.

2. Fehlende Begründungskraft dieser Auffassung bei § 242 nF StGB gegenüber § 246 nF StGB

a) Überblick

Nach der neuen Fassung des § 246 Abs. 1 StGB ist die Sache „in Besitz oder in Gewahrsam des Täters“ nicht mehr Tatbestandsmerkmal dieser Vorschrift. Darüber hinaus ist eine Subsidiaritätsklausel, die die Unterschlagung zu anderen Delikten mit schwererer Strafandrohung in Beziehung setzt, in § 246 Abs. 1 nF StGB hinzugefügt worden. Während nach der Gesetzesänderung die objektiv erfolgende Zueignungshandlung bei der Unterschlagung verlangt wird, setzt der Diebstahl nach der herrschenden Meinung nur die entsprechende Absicht des Täters voraus.²⁵⁴ Die Zueignungshandlung der Unterschlagung stellt nach der sog. Manifestationstheorie die äußerliche eindeutige Betätigung des Zueignungswillens des Täters dar.²⁵⁵ Demnach sind Veräußern, Verpfänden, Verbrauchen, Beiseiteschaffen, Ableugnen des Gewahrsams oder sogar „Wegnehmen“²⁵⁶ die typischen Formen der Zueignungshandlung.²⁵⁷ Die beiden Delikte Diebstahl und Unterschlagung können heutzutage nicht mehr treffend dadurch unterschieden werden, ob die Zueignung „durch“ oder „ohne Wegnahme“ erfolgt.²⁵⁸ Im heutigen Streit, ob nach der Subsidiaritätsklausel gemäß § 246 Abs. 1 nF StGB die Unterschlagung als Grundtatbestand oder Auffangtatbestand aller Zueignungsdelikte zu verstehen ist, spiegelt sich auch wider, dass nach der Gesetzesänderung die Unterschlagung nicht ein völlig anderer Deliktstyp als der Diebstahl ist.

Darüber hinaus bringt die Diskussion über die Einordnung des § 246 nF StGB als Grundtatbestand oder Auffangtatbestand des § 242 nF StGB die gegenüber § 246 nF StGB erhöhte Strafandrohung des § 242 nF StGB zum Ausdruck. Im Folgenden soll die Auffassung, wonach die Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams in § 242 nF StGB durch die gegenüber § 246 nF StGB strengere Strafandrohung zu begründen ist, nach der Einordnung des § 246 nF StGB als Grundtatbestand oder Auffangtatbestand des § 242 nF StGB eingehender untersucht werden.

²⁵⁴ Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 277; SK-Hoyer, Vor § 242 Rdnr. 9; Rengier, BT 1, § 5 Rdnr. 10. A.A. Kindhäuser, BT 2, § 2 Rdnr. 86 ff., § 242 Rdnr. 76; ders., FS-Gössel, S. 451 ff.

²⁵⁵ Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 57, 279 ff.; Rengier, BT 1, § 5 Rdnr. 10a.

²⁵⁶ Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 57. Ähnlich NK-Kindhäuser, Vor §§ 242 ff. Rdnr. 5; Lesch, JA 1998, S. 477; Otto, Jura 1998, S. 551; Otto, BT § 39 Rdnr. 8.

²⁵⁷ Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 57, 280; Rengier, BT 1, § 5 Rdnr. 10a.

²⁵⁸ Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 57.

b) § 246 nF StGB als Grundtatbestand aller Zueignungsdelikte

Geht man von der Ansicht aus, dass § 246 Abs. 1 nF StGB den Grundtatbestand aller Zueignungsdelikte darstellt,²⁵⁹ so ist der Diebstahl als die durch das Merkmal „Wegnahme“ qualifizierte Unterschlagung zu verstehen.²⁶⁰ Weil im Vergleich zum Grundtatbestand der Qualifikationstatbestand mehrere Rechtsgüter, wie etwa § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB gegenüber § 242 nF StGB,²⁶¹ oder dasselbe Rechtsgut, wie etwa § 244 Abs. 1 Nr. 2 gegenüber § 242 nF StGB, schützen kann, lässt sich nicht lediglich aus dem Stufenverhältnis von Grundtatbestand (Unterschlagung) und Qualifikation (Diebstahl) ohne Weiteres schließen, dass der (unrechtmäßige) Gewahrsam ein selbständiges Schutzgut von § 242 nF StGB ist. Legt man also der obigen Ansicht folgend das Stufenverhältnis von Grundtatbestand (Unterschlagung) und Qualifikation (Diebstahl) zugrunde, so würde sich der Gewahrsamsbruch in § 242 Abs. 1 nF StGB gegenüber dem in § 246 Abs. 1 nF StGB lediglich als spezifische Angriffsart der Eigentumsverletzung darstellen; damit schütze § 242 nF StGB nur das Eigentum.²⁶² Folgt man dieser Auffassung, lässt sich allein aus der gegenüber der Unterschlagung strengeren Bestrafung des Diebstahls nicht ableiten, dass der Gewahrsam ein eigenständiges Rechtsgut des § 242 nF StGB ist. Mit anderen Worten hat die erhöhte Strafandrohung des § 242 nF StGB aufgrund des Stufenverhältnisses von Grundtatbestand (Unterschlagung) und Qualifikation (Diebstahl) keine selbstständige bzw. entscheidende Begründungskraft für oder gegen die Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams in § 242 nF StGB.

c) § 246 nF StGB als Auffangtatbestand aller Zueignungsdelikte

Die Ansicht, die § 246 Abs. 1 nF StGB als Auffangtatbestand aller Zueignungsdelikte versteht,²⁶³ geht davon aus, dass zwischen § 242 Abs. 1 nF StGB und § 246 Abs. 1 nF StGB kein Verhältnis der Spezialität bestehe, da die Aneignungskomponente beim Diebstahl noch nicht verwirklicht werde, so dass ein Diebstahl eben noch keine vollendete Unterschlagung darstelle.²⁶⁴ Weil im objektiven Tatbestand des § 246 nF StGB und des § 242 nF StGB das „Wegnehmen“ eine Handlungsart sei und weil im Unterschied zur Unterschlagung die Zueignungskomponente beim Diebstahl lediglich als die Absicht des Täters

²⁵⁹ NK-Kindhäuser, Vor §§ 242 ff. Rdnr. 5; Kindhäuser, FS-Gössel, S. 451 ff.; Lesch, JA 1998, S. 477; Otto, Jura 1998, S. 551; Otto, BT, § 39 Rdnr. 8.

²⁶⁰ Kindhäuser, FS-Gössel, S. 451 f.

²⁶¹ Vgl. Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 267.

²⁶² NK-Kindhäuser, Vor §§ 242 ff. Rdnr. 3, 5.

²⁶³ Basak, GA 2003, S. 122; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 58, 277; Hörnle, Jura 1998, S. 171; Hohmann/Sander, NSTZ 1998, S. 276; BT-Ds 13/8587, S. 43 f.

²⁶⁴ Basak, GA 2003, S. 122; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 57, 277.

vorauszusetzen sei, sollten nach der soeben erwähnten Auffassung der versuchte und vollendete Diebstahl entweder das Vorbereitungsdelikt zur späteren Unterschlagung²⁶⁵ oder die versuchte sowie vollendete Unterschlagung²⁶⁶ sein. Mit anderen Worten ist ein versuchter oder vollendeter Diebstahl dieser Ansicht nach als eine vorbereitete, versuchte oder vollendete Unterschlagung anzusehen.

Da es undenkbar ist, dass das Schutzgut bei der Unterschlagung und bei deren Vorbereitung sowie Versuch nicht identisch ist, sollten nach obiger Ansicht die Schutzgüter des § 242 nF StGB in die des § 246 nF StGB mit einbezogen werden. Wenn der Gewahrsam beim Diebstahl ein selbständiges Rechtsgut darstellt, wäre er bei der Unterschlagung auch als ein eigenständiges Schutzgut zu betrachten. Dies steht aber nicht mit der Auffassung in Einklang, dass im Vergleich zu § 246 nF StGB die Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams in § 242 nF StGB durch dessen erhöhte Strafandrohung zu begründen sei. Daher kann innerhalb der Auffassung, dass § 246 nF StGB der Auffangtatbestand des § 242 nF StGB sei, die Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams in § 242 nF StGB nicht durch die strengere Bestrafung gerechtfertigt werden.

Demnach bleibt nur die Möglichkeit — wenn das Eigentum überhaupt ein selbständiges Rechtsgut des § 242 nF StGB darstellen soll und § 246 nF StGB als Auffangtatbestand aller Zueignungsdelikte zu verstehen ist —, dass als Schutzgut des § 242 nF StGB nur das Eigentum anzunehmen und der Gewahrsamsbruch lediglich als eine spezifische Angriffsart der Eigentumsverletzung zu betrachten ist. Diese Möglichkeit besteht aber ebenfalls nicht, weil nach den Ausführungen im Abschnitt C gezeigt wird, dass der Gewahrsamsbruch, jedenfalls beim „Diebesdiebstahl“, keine weitere bzw. vertiefte Eigentumsverletzung herbeiführt und daher nicht immer als die spezifische Angriffsart der Eigentumsverletzung zu begreifen ist.

d) Fazit

Aus dem Vorhergehenden ergibt sich immerhin, dass durch die Einordnung des § 246 nF StGB als Grundtatbestand oder Auffangtatbestand des § 242 nF StGB und durch die gegenüber § 246 nF StGB strengere Bestrafung des § 242 nF StGB, sich die Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams in § 242 nF StGB nicht begründen lässt. Die Frage, ob § 242 nF StGB sowohl das Eigentum, das § 246 nF StGB allein schützt, als auch das Rechtsgut „Gewahrsam“ bewahrt,

²⁶⁵ Ähnliche *Kindhäuser*, FS-Gössel, S. 453.

²⁶⁶ *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rdnr. 57, 277.

bleibt insoweit ungelöst.

VI. Gewahrsamsverhältnis als tatsächliches oder wirtschaftliches Herrschaftsverhältnis?

Ein Grund für den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB liegt nach einer teilweise vertretenen Ansicht darin, dass der Gewahrsamsbegriff in dieser Vorschrift kein juristischer Begriff, sondern ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis sei.²⁶⁷ Weil der Gewahrsam nicht juristisch zu begründen sei, könne dem deliktischen Besitzer, z.B. dem Dieb, die rechtswidrig erlangte Sache gestohlen werden. Aus dem tatsächlichen Gewahrsamsbegriff ergibt sich, dass auch der unrechtmäßige Gewahrsam durch § 242 StGB zu schützen ist. Nach der anderen, grundlegend ähnlichen Auffassung beruht die Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams in § 242 StGB darauf, dass für die Teilnahme des Einzelnen am Wirtschaftsleben nicht nur die eigenen Sachen, sondern auch der Gebrauch bzw. die Nutzung fremder Sachen erforderlich sei.²⁶⁸

Nach den soeben referierten Auffassungen geht der Gewahrsamsschutz in § 242 StGB vom tatsächlichen oder wirtschaftlichen Verhältnis des einzelnen Gewahrsamsinhabers aus. Beide Auffassungen charakterisieren die Eigenschaft des Gewahrsams in § 242 StGB als Individualrechtsgut und stehen insoweit mit der herrschenden Meinung in Einklang, dass § 242 StGB aufgrund des Eigentums- und Gewahrsamsschutzes als Delikt gegen die Person einzuordnen sei. Dennoch steht die Tatsache, dass der durch das wirtschaftliche Verhältnis des Gewahrsamsinhabers zu begründende Gewahrsamsschutz in § 242 StGB teilweise zur Verwandlung des Diebstahls in ein Vermögensdelikt führt und daher mit der herkömmlichen Auffassung²⁶⁹, § 242 StGB gehöre zu den Eigentumsdelikten, die auch die wirtschaftlich wertlosen Sachen schützen, in Widerspruch. Darüber hinaus setzen die beiden vorhergehenden Ansichten, wonach das tatsächliche oder wirtschaftliche Verhältnis des einzelnen Gewahrsamsinhabers die Grundlage des Gewahrsamsschutzes in § 242 StGB schaffen könne, den Schutz des tatsächlichen Machtverhältnisses des Gewahrsamsinhabers zur Sache, also die Bewahrung dessen naturalistischer Freiheit, voraus. In den Darstellungen im Abschnitt D wird darauf hingewiesen, dass sich die naturalistische Freiheit des Einzelnen aufgrund ihrer normativ-fehlenden Begründungskraft nicht als Schutzgegenstand bzw. Grundlage

²⁶⁷ Dazu und zum Folgenden vgl. LK-Ruß, 11. Aufl., § 242 Rdnr. 18; LK-Jagusch, 8. Aufl., § 242 Anm. I; Wachenfeld, Lehrbuch, S. 372, 404.; Schwartz, Strafgesetzbuch, § 242 Anm. 6. a).

²⁶⁸ Roterberg, GS 35 (1883), S. 352.

²⁶⁹ Vgl. nur Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 1 f.; Rengier, BT 1, § 1 Rdnr. 2.

der Rechtsordnung betrachten lässt. Mit anderen Worten entsteht allein aufgrund des tatsächlichen oder wirtschaftlichen Herrschaftsverhältnisses des Gewahrsamsinhabers zur Sache keine rechtliche Schutzwürdigkeit bzw. kein Rechtsgutscharakter des Gewahrsams in § 242 StGB.²⁷⁰ Demnach sind die im letzten Absatz vorgestellten Auffassungen abzulehnen.

Dass beispielsweise der Dieb eigenen Gewahrsam tatsächlich begründen kann, bedeutet nicht, dass dessen unrechtmäßiger Gewahrsam durch § 242 StGB zu schützen ist. Dass Gewahrsamsbegriff in § 242 StGB als die tatsächliche Beziehung des Gewahrsamsinhabers zur Sache zu begreifen ist, ist zur Bestimmung des Tatbestandsmerkmals „Wegnahme“ vielmehr als juristisch-technische Art zu verstehen.²⁷¹

VII. Keine Schutzwürdigkeit des unrechtmäßigen Gewahrsams?

Nach einer Auffassung soll nach der Akzessorietät des Strafrechts grundsätzlich nur der privatrechtlich rechtmäßig begründete Gewahrsam zusammen mit dem Eigentum durch § 242 StGB geschützt sein.²⁷² Weil der unrechtmäßige Gewahrsam ersichtlich dem Eigentum entgegenstehe und der Schutz eines solchen Gewahrsams durch § 242 StGB die Eigentumsverletzung weiter aufrechterhalte²⁷³ sowie durch den Schutz des unrechtmäßigen Gewahrsams sich das vom Gesetz missbilligte Herrschaftsverhältnis, also etwa der rechtswidrige Gewahrsam des Diebes, als das durchaus rechtmäßige anerkennen lasse, sei der unrechtmäßige Gewahrsam nicht zusammen mit dem Eigentum als Rechtsgut des § 242 StGB zu betrachten.²⁷⁴ Demnach schützen die Vermögensdelikte bei einer Besitz- oder Gewahrsamsverletzung nur das hinter

²⁷⁰ Ähnlich *Ostheimer*, Gewahrsam, S. 49 ff.

²⁷¹ *Ostheimer*, Gewahrsam, S. 51.

²⁷² *Frank*, Strafgesetzbuch, 14. Aufl., § 247 Anm. I. *Hirschberg*, Vermögensbegriff, S. 319 ff., 329. Andeutend *Gerland*, Reichsstrafrecht (1922), S. 444 und Fn 3. A.A. *Oppenhoff*, Strafgesetzbuch, § 242 Anm. 30.

²⁷³ Dass etwa beim „Diebesdiebstahl“ die Wegnahmehandlung des 2. Diebs das Eigentum im Sinne des § 242 StGB nicht weiter verletzt und die Aufrechterhaltung der Eigentumsverletzung den Unrechtsgehalt des § 242 StGB nicht präzise darstellt, wird unter C II. 1. b) gezeigt.

²⁷⁴ Ähnlich *Ecker*, Schutz, S. 48 f.; *NK-Kindhäuser*, Vor §§ 242 ff. Rdnr. 3, *ders.*, BT 2, § 2, Rdnr. 5. *Kindhäuser* und *Ecker* verwenden dieses Argument als solches gegen die Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams in § 242 StGB (vgl. *Kindhäuser*, aaO; *Ecker*, aaO). Dieses Argument steht aber nur der Rechtsgutseigenschaft des „unrechtmäßigen“ Gewahrsams entgegen. Denn nur der Schutz des unrechtmäßigen Gewahrsams in § 242 StGB steht nach der Auffassung *Kindhäuser*s und *Eckers* mit dem Schutz des Eigentums oder des rechtmäßigen Gewahrsams in § 242 StGB in Widerspruch. Gegen die Rechtsgutseigenschaft des „rechtmäßigen“ Gewahrsams sind die anderen Argumente von Nöten (vgl. *Ecker*, aaO, S. 49 f.). *Kindhäuser* bemerkt diese Begründungslücke wahrscheinlich auch und stellt daher dahingehend dar: „für den Diebstahl der Gewahrsam ist nicht wegen seiner Berechtigung, sondern wegen seiner funktionalen Bedeutung für das Eigentum von Belang.“ Vgl. *NK-Kindhäuser*, Vor §§ 242 ff. Rdnr. 3.

dem Besitz oder Gewahrsam stehende dingliche oder obligatorische Recht sowie die sonstigen privatrechtlich anerkannten individuellen Beziehungen.²⁷⁵ Zwischen dem Dieb und dessen Beute etwa liege aber keine rechtlich anerkannte individuelle Beziehung vor, die § 242 StGB schützen solle. Daraus ergäbe sich, dass der Dieb oder der sonstige deliktische Besitzer überhaupt nicht bestohlen und betrogen werden könne.²⁷⁶ Durch die Wegnahme der im Gewahrsam eines Diebs befindlichen Sache sei lediglich der Eigentümer oder der sonstige Sachberechtigte zu verletzen.²⁷⁷

Durch die Einschränkung des Gewahrsamsschutzes in § 242 StGB auf den Schutz des rechtmäßigen Gewahrsams begreift die soeben erwähnte differenzierende Betrachtungsweise den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB als den Schutz des individuellen Inhaberinteresses.²⁷⁸ Denn der Schutz des rechtmäßigen Gewahrsams in § 242 StGB stellt nach dieser Ansicht den Schutz des den Gewahrsam garantierenden subjektiven Rechts oder die Gewährleistung sonstiger hinter dem Gewahrsam stehender privatrechtlich anerkannter individueller Beziehungen dar. Die Verletzung des rechtmäßigen Gewahrsams führt daher hauptsächlich zur Verletzung der hinter dem Gewahrsam stehenden individuellen rechtlichen Beziehungen. Insoweit stimmt die soeben referierte Ansicht mit der herrschenden Auffassung überein, dass § 242 StGB — aufgrund des Eigentumsschutzes und der Gewährleistung des rechtmäßigen Gewahrsams — als Delikt gegen die Person bzw. gegen das Individualrechtsgut zu charakterisieren ist. Dennoch erweisen sich die Schutzgüter des § 242 StGB nach dieser Ansicht — abweichend von der herrschenden Meinung — nicht als Eigentum und Gewahrsam selbst, sondern als Eigentum und die hinter dem Gewahrsam stehenden individuellen rechtlichen Beziehungen.²⁷⁹

Nach obigen Ausführungen kommt bei den §§ 248b, 289 StGB für den Besitz- oder Gewahrsamsschutz nur derjenige in Betracht, dem ein Recht am Gewahrsam zusteht. Demgemäß scheint nur der rechtmäßige Gewahrsam, also die hinter dem Gewahrsam stehenden individuellen rechtlichen Beziehungen in den Schutzbereich des § 242 StGB mit einbezogen zu sein. Die Schutzwürdigkeit des unrechtmäßigen Gewahrsams in § 242 StGB müsste darüber hinaus überzeugender begründet werden.²⁸⁰

²⁷⁵ Dazu und zum Folgenden vgl. *Hirschberg*, Vermögensbegriff, S. 321 ff., 327 ff.. Ähnlich *Ecker*, Schutz, S. 49; *Seelmann/Pfohl*, JuS 1987, S. 201.

²⁷⁶ *Hirschberg*, Vermögensbegriff, S. 329.

²⁷⁷ *Hirschberg*, Vermögensbegriff, S. 329.

²⁷⁸ *Ostheimer*, Gewahrsam, S. 52 ff.

²⁷⁹ Vgl. *Gallas*, FS-Eb. Schmidt, S. 426; *Hirschberg*, Vermögensbegriff, S. 321, 327 f.

²⁸⁰ Vgl. die Diskussionen unter E.

Im Schrifttum geht der Einwand gegen die Rechtsgutseigenschaft des rechtmäßigen Gewahrsams in § 242 StGB davon aus, dass wenn der Gewahrsam selbst — wie die herrschende Meinung behauptet — eine lediglich faktische Position und ein eigenständiges Schutzgut in § 242 StGB sei, dann müsse der Gewahrsamsschutz nach dieser Ansicht umfassend sein und sich nicht auf die einzelnen rechtlichen Beziehungen beschränken.²⁸¹ Sei die voll entwickelte rechtliche Beziehung des Subjekts als Rechtsgutsbestandteil anzusehen, erweise sich der Gewahrsam nicht mehr als die faktische Position und die Gewahrsamsverletzung im Sinne des § 242 StGB verändere sich zur Verletzung des hinter dem Gewahrsam stehenden Rechts.²⁸² Daher ist es nach dieser Ansicht begrifflich unmöglich, den Gewahrsam aufgrund der Recht- und Unrechtmäßigkeit zum Teil als Rechtsgut, zum Teil als Nichtrechtsgut zu verstehen. Wolle man „den Schutz des hinter dem Gewahrsam stehenden Rechts“ mit dem „Schutz des Gewahrsams selbst“ in Einklang bringen, müsse der unrechtmäßig begründete Gewahrsam aus dem Gewahrsamsbegriff des § 242 StGB ausgeschlossen werden. Daraus wird die unakzeptable Konsequenz gezogen, dass der Dieb gegenüber dem Eigentümer und dem rechtmäßigen Gewahrsamsinhaber immer nur einen versuchten Diebstahl begehen und dessen Beute nicht gestohlen werden könne, weil sich nur der rechtmäßige Gewahrsam brechen und begründen lasse.

VIII. Zusammenfassung

In diesem Abschnitt werden die einzelnen Argumente der herrschenden Auffassung, die neben dem Eigentum noch den Gewahrsam als selbständiges Rechtsgut des § 242 StGB begreift, eingehender dargestellt. Einige Grundlagen dieser Auffassung, also die Rechtsvermutung zugunsten des Gewahrsamsinhabers, der Gewahrsam als das tatsächliche oder wirtschaftliche Herrschaftsverhältnis des Einzelnen zur Sache und der Schutz des rechtmäßigen Gewahrsams, gehen von der Eigenschaft des Gewahrsams als Individualrechtsgut aus. Diese Grundlagen beinhalten jedoch weitere tiefergehende Begründungsfehler. Somit sind sie insgesamt abzulehnen. Die anderen Gründe, die die herrschende Auffassung zur Bekräftigung der Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams in § 242 StGB vorbringt, also den systematischen Vergleich der Tatbestandsstrukturen und die Rechtsfolgen der §§ 242, 246 StGB sowie die Haftungspflicht des Gewahrsamsinhabers gegenüber dem Eigentümer, stellen ebenfalls keine überzeugenden Ansätze dar und verdienen

²⁸¹ Dazu und zum Folgenden grundsätzlich vgl. *Ostheimer*, Gewahrsam, S. 53 f.

²⁸² Zur ähnlichen Auffassung bei der Diskussion über die Vermögensqualität des unrechtmäßigen Besitzes vgl. *LK-Lackner*, 10. Aufl., § 263 Rdnr. 133.

daher keine Zustimmung.

Die übrigen Gründe, die für die Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams in § 242 StGB sprechen, d.h. die Aufrechterhaltung der im Gewahrsam verkörperten Friedensordnung bzw. allgemeinen Rechtsordnung, betrachten den Gewahrsam als Allgemeinrechtsgut und stehen mit der gegenwärtigen Auffassung, dass der Diebstahl ausschließlich als Eigentumsdelikt und als Delikt gegen die Person bzw. gegen das Individualrechtsgut zu charakterisieren ist, in Widerspruch. Die Vertreter der Ansicht, dass § 242 StGB durch den Gewahrsamsschutz hauptsächlich die Bewahrung der allgemeinen Rechtsordnung bezwecke, bringen zur Beseitigung dieses Widerspruches vor, dass der Diebstahl aufgrund des Gewahrsamsschutzes einfach als Delikt gegen die Allgemeinheit einzuordnen sei. Wie oben gezeigt wurde, hängt die Frage, ob § 242 StGB sowie §§ 240, 263 StGB als Delikte gegen die Person oder gegen die Allgemeinheit zu klassifizieren sind, von der Frage ab, ob beim „Diebesdiebstahl“, dem Genötigten ohne die rechtliche Freiheit und dem Komplizenbetrug die weitere rechtlich zu garantierende Freiheit des Opfers vorliegt. Würde dies bejaht, sollten die §§ 242, 240, 263 StGB nach der Wertüberzeugung in Artt. 1 und 2 GG, also dem Vorrang des Menschenschutzes, in erster Linie als Delikte gegen die Person verstanden werden. Der Beantwortung dieser Fragen sind die Diskussionen im Abschnitt E gewidmet.

Die im Anfang dieses Abschnitts erwähnte Beschränkung des Opferkreises in den §§ 248b, 289 StGB betrifft unmittelbar das Thema dieser Arbeit. Bei der Gewährleistung des individuellen Rechtsguts geht es darum, in welchem Umfang das Interesse einer Person gegen eine andere den rechtlichen Schutz genießt.²⁸³ Die Rechtsgutslehre muss beim Delikt gegen die Person mit der Lehre der Verantwortlichkeits- oder Zuständigkeitsbereiche des Täters und des Opfers verknüpft werden. Demnach ist als Rechtsgut des Delikts gegen die Person nur die im interpersonalen Verhältnis, also in der Rechtsbeziehung zwischen Täter und Opfer, rechtlich garantierte Freiheit des Opfers zu schützen. Nach dieser Ansicht kommt zutreffend der Besitz- oder Gewahrsamsschutz der §§ 248b, 289 StGB nur demjenigen zugute, dem ein Recht am Gewahrsam zusteht. Demgemäß müssen die Vertreter der „Eigentums- & Gewahrsams“-Position, die neben dem Eigentümer noch der Gewahrsamsinhaber, sogar der rechtswidrige Gewahrsamsinhaber, in den Schutzbereich des § 242 StGB einschließen, sachlich begründen, dass eine ungeschriebene und recht-

²⁸³ Dazu und zum Folgenden *Jakobs*, Geilen-Symposion, S. 64 ff., 77 f.; *Jakobs*, FS-Peters, S. 76; *Pawlik*, Betrug, S. 39 ff., 46 ff., 56 ff.

lich-garantierte Freiheit dem reinen Gewahrsamsinhaber, insbesondere dem 1. Dieb etwa im Falle des „Diebsdiebstahls“, zusteht und durch Diebstahl diese rechtlich-garantierte persönliche Freiheit des Gewahrsamsinhabers beeinträchtigt wird.

C. Die Diskussion über die Beeinträchtigung des (unrechtmäßigen) Gewahrsams innerhalb der Meinung „Eigentum als das alleinige Schutzgut des § 242 StGB“

I. Übersicht über die „Eigentums“-Position und den Argumentationsgang in diesem Abschnitt

Im Schrifttum wird häufiger vertreten, dass das Eigentum das alleinige Schutzgut des § 242 StGB sei.²⁸⁴ Nach dieser Ansicht (Abkürzung: „Eigentums“-Position) sei die reine Gewahrsamsverletzung, wie etwa die Verletzung des Diebesgewahrsams im Falle des „Diebesdiebstahls“, als die weitere bzw. erneute Eigentumsverletzung des Berechtigten anzusehen und damit nach wie vor gemäß § 242 StGB zu bestrafen.²⁸⁵ Der Gewahrsam sei im Rahmen der „Eigentums“-Position deshalb nur „kumulativ“ mit zu schützen, weil der Gewahrsamsentzug in § 242 StGB keine selbständige Rechtsgutsverletzung, sondern lediglich eine spezifische Angriffsform bzw. Handlungsmodalität auf das im Gewahrsam verkörperte Eigentum darstelle.²⁸⁶ Aufgrund der besonderen Intensität der Eigentumsverletzung durch den Gewahrsamsbruch sei der Diebstahl gegenüber der Unterschlagung mit einer erhöhten Strafe bedroht.²⁸⁷ Diese Ansicht – nur das Eigentum als das zu schützende Rechtsgut im Sinne des § 242 StGB zu sehen – führt in der Praxis dazu, dass allein der Eigentümer der Verletzte im Sinne der §§ 77 Abs. 1, 247, 248a StGB und damit strafantragsberechtigt ist.²⁸⁸ Da nach der „Eigentums“-Position das Eigentumsrecht, also das in Art. 14 Abs. 1 GG geregelte persönliche Recht, als das alleinige Schutzgut des § 242 StGB anzusehen sei, ist der Diebstahl nach dieser Ansicht

²⁸⁴ Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 57a; Ruhstrat, GS 24 (1872), S. 144 f.; MK-Schmitz, § 242 Rdnr. 9.; BeckOK-Wittig, § 242 Rdnr. 2; Maiwald, Zueignungsbegriff, S. 203 ff.; Bommer, Grenzen, S. 225 ff., 230 f.; Mitsch, BT 2/1, § 1 Rdnr. 5 f.; Dochow, HH 4, S. 265; Hälschner, Das preußische Strafrecht 2/2, S. 354; Mayer, JZ 1958, S. 284 (a.A. vgl. aber ders., JZ 1962, S. 618 f.); NK-Kindhäuser, Vor §§ 242 ff. Rdnr. 1 ff.; ders, BT 2, § 2 Rdnr. 5; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 1/2; Cramer, Vermögensbegriff, S. 72 ff., 93 f.; Ostheimer, Gewahrsam, S. 64; Merkel, HH 3/2, S. 712 (a.A. vgl. ders., aaO, S. 639); Foth, GA 1966, S. 37; Ecker, Schutz, S. 48; Bittner, Gewahrsamsbegriff, S. 91; Backmann, Abgrenzung, S. 36 Fn. 12; Boehmer, Grundlagen 1, S. 52; Zieschang, FS-Hirsch, S. 838; Binding, BT 1, S. 294; v. Bar, GA 19 (1871), S. 650; Schmidhäuser, BT, § 8 Rdnr. 15; Eisele, BT 2, Rdnr. 8.

²⁸⁵ Cramer, Vermögensbegriff, S. 227; NK-Kindhäuser, Vor §§ 242 ff. Rdnr. 1; Maiwald, Zueignungsbegriff, S. 206 ff. Ähnlich MK-Schmitz, § 242 Rdnr. 9. Im Ergebnis ähnlich Jakobs, Geilen-Symposium, S. 74. A.A. Bommer, Grenzen, S. 263 ff. Nach der Auffassung Bommers sei die Wegnahme des unrechtmäßig erworbenen Gegenstandes nicht als Diebstahl, sondern als Unterschlagung gegen den Eigentümer zu bestrafen.

²⁸⁶ Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 1/2; NK-Kindhäuser, Vor §§ 242 ff. Rdnr. 1 ff.; MK-Schmitz, § 242 Rdnr. 9; Mayer, JZ 1958, S. 284; Maiwald, Zueignungsbegriff, S. 206. Ähnlich Binding, BT 1, S. 294; Ruhstrat, GS 24 (1872), S. 145. Im Ergebnis ebenso Cramer, Vermögensbegriff, S. 94.

²⁸⁷ Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 1/2; MK-Schmitz, § 242 Rdnr. 9.

²⁸⁸ Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 1/2; NK-Kindhäuser, Vor §§ 242 ff. Rdnr. 4.

im Vergleich zur soeben ausgeführten Auffassung, wonach Eigentum und Gewahrsam die Rechtsgutsqualität im Sinne des § 242 StGB erreichen, strafrechtsdogmatisch deutlich als „Eigentumsdelikt“ zu charakterisieren. Darüber hinaus steht die „Eigentums“-Position im Einklang mit der üblichen Auffassung, dass § 242 StGB als Delikt gegen Individualrechtsgüter zu klassifizieren sei.

In diesem Abschnitt wird zuerst ein Blick auf die unterschiedlichen Begründungsweisen geworfen, die für die alleinige Rechtsgutseigenschaft des Eigentums in § 242 StGB innerhalb der „Eigentums“-Position sprechen (II.). Anschließend wird nicht direkt nach der Richtigkeit jedes individuellen Argumentationsgangs gefragt, sondern gleich mit den eingehenden Auseinandersetzungen des Zusammenhangs zwischen „erneuter“ Eigentumsverletzung und reiner Gewahrsamsverletzung beim „Diebesdiebstahl“ im Rahmen der „Eigentums“-Position fortgefahren; gleich nach jeder individuellen Auseinandersetzung stellt die Diskussion auf die weiteren Lösungsvorschläge ab, die die hierbei aufgetauchte Problematik weiterhin über § 242 StGB bewältigen wollen (III.). Schließlich wird ein weiterer Lösungsversuch dargestellt und diskutiert, der die Strafbarkeitslücke beim „Diebesdiebstahl“ gemäß § 246 StGB schließen will (IV.).

Die Darstellungsweise in diesem Abschnitt steht aus den folgenden Gründen mit der hiesigen Arbeit in Bezug: Falls die Beeinträchtigung des reinen rechtswidrigen und vom Eigentum völlig entkoppelten Gewahrsams, z.B. des Diebesgewahrsams, nicht auf die erneute Eigentumsverletzung zurückzuführen und diese Schwierigkeit nicht zu bewältigen ist, stellt die reine Gewahrsamsverletzung beim „Diebesdiebstahl“ keine — wie die Vertreter der „Eigentums“-Position aussagen — Angriffsform bzw. Handlungsmodalität der Eigentumsverletzung mehr dar. Aus diesem Grund zieht beispielsweise der „Diebesdiebstahl“ nicht einmal im Hinblick auf die Eigentumsverletzung „kumulativ“ die Strafe gemäß § 242 StGB nach sich. Die Annahme der alleinigen Rechtsgutseigenschaft des Eigentums in § 242 StGB — abgesehen davon, wie überzeugend die Begründung dieser Annahme ist — trifft mithin nicht im Entferntesten zu, sofern der „Diebesdiebstahl“ unter allen Umständen gemäß § 242 StGB zu behandeln ist. Zusammengefasst wird die „Eigentums“-Position zumindest im Falle des „Diebesdiebstahls“ mangels des Zusammenhangs zwischen der Eigentumsverletzung und der reinen Gewahrsamsverletzung ihre Begründungskraft verlieren und somit nicht die geringste Zustimmung verdienen. Ansonsten sollte nach der „Eigentums“-Position aufgrund der teleologi-

schen Reduktion der „Diebesdiebstahl“ aus § 242 StGB ausgeschlossen und zur Schließung der Strafbarkeitslücke der „Diebesdiebstahl“ nach den anderen strafrechtlichen Regeln behandelt werden. Wenn die Befürworter der „Eigentums“-Position die Bestrafung des „Diebesdiebstahls“ nicht nach den anderen strafrechtlichen Regeln begründen können, würde die „Eigentums“-Position nichts zur Bestrafung des „Diebesdiebstahls“ beitragen.

II. Begründung der alleinigen Rechtsgutseigenschaft des Eigentums in § 242 StGB

1. Funktionale Bedeutung des Gewahrsams für das Eigentum

a) Meinungsstand

Nach einer Auffassung im Rahmen der „Eigentums“-Position lasse sich die alleinige Rechtsgutsqualität des Eigentums in § 242 StGB aus der funktionalen Bedeutung des Gewahrsams für das Eigentum ableiten.²⁸⁹ Der zentrale Inhalt des Eigentums gemäß § 903 BGB „das beliebige Verfahren mit einer Sache“, also die förmliche und materielle Verfügungsbefugnis bzw. Verfügungsmöglichkeit des Eigentümers, setze immer den Gewahrsam des Eigentümers an einer Sache voraus. Dementsprechend sei der unmittelbare Besitz gesetzlich mit der Vermutungswirkung des Eigentums, wie etwa beim gutgläubigen Erwerb nach § 932 BGB i.V.m. § 929 BGB, zu verstehen. In der historischen Entwicklung sei der Diebstahl deshalb in Bezug auf den Gewahrsamsbruch durch § 242 StGB geregelt worden, weil das Eigentum im Gewahrsam erkennbar gewesen sei, nicht weil die Differenz zwischen Eigentum und Gewahrsam entstanden sei.²⁹⁰

b) Kritik

Gegen die soeben ausgeführte Argumentation besteht folgender Einwand. Der Gewahrsam an einer Sache begründet nach § 1006 BGB zwar die Eigentumsvermutung. Dennoch kennzeichnen die im Gewahrsam vermuteten Befugnisse gemäß §§ 1065, 1227 BGB i.V.m. § 1006 BGB auch die anderen Verfügungs- oder Nutzungsbefugnisse an der Sache, wie z.B. das Pfand- und Nießbrauchsrecht. Anders ausgedrückt verbindet sich der Gewahrsam angesichts seiner soeben erwähnten funktionalen Bedeutung nicht ausschließlich mit dem Eigentum, sondern auch mit dem Pfand- und Nießbrauchsrecht. Demnach ist der Gewahrsam nicht lediglich als Ausfluss der dem Eigentümer

²⁸⁹ Dazu und zum Folgenden vgl. NK-Kindhäuser, Vor §§ 242 ff. Rdnr. 3.

²⁹⁰ Vgl. dazu auch Mayer, JZ 1958, S. 284.

zustehenden Verfügungsmöglichkeiten über die Sache zu verstehen. Vielmehr sind neben dem Eigentum noch viele weitere Rechte im Gewahrsam sichtbar, deren Durchsetzung im Falle des Gewahrsamsbruchs durch einen Diebstahl ebenfalls beeinträchtigt wird.

Daher kann sich aus der funktionalen Bedeutung des Gewahrsams bzw. dessen Rechtsvermutungsfunktion nicht ergeben, dass das Eigentum das alleinige Schutzgut des § 242 StGB ist. Im Gegensatz dazu können im Hinblick auf die Rechtsvermutungswirkung des Gewahrsams alle im Gewahrsam verkörpert oder vermuteten Rechte, also das Pfand-, Nießbrauchs- und das Eigentumsrecht, den Schutz gemäß § 242 StGB genießen. Nach dem soeben Erwähnten lässt sich die alleinige Rechtsgutseigenschaft des Eigentums in § 242 StGB im Rahmen der „Eigentums“-Position nicht im Geringsten aus der Rechtsvermutungsfunktion des Gewahrsams ableiten.

2. Der Zusammenhang zwischen Wegnahme und Zueignungsabsicht in § 242 StGB

a) Meinungsstand

Die alleinige Rechtsgutseigenschaft des Eigentums wird nach einer Ansicht innerhalb der „Eigentums“-Position aufgrund des Zusammenhangs zwischen den Tatbestandsmerkmalen des § 242 StGB „Zueignungsabsicht“ und „Wegnahme“ bejaht.²⁹¹ Diese Ansicht geht davon aus, dass die reine Sachentziehung als solche, wie etwa die bloße Wegnahmehandlung, grundsätzlich nicht vom Gesetzgeber bestraft werde.²⁹² Die Sachentziehung ziehe nur dann eine Strafe nach sich, wenn sie mit einer Sachbeschädigung in §§ 303 ff. StGB²⁹³ oder mit anderen Tatbestandsmerkmalen²⁹⁴ zusammen auftrete. Beispielsweise betrachte der Gesetzgeber die Wegnahmehandlung erst mit der Zueignungsabsicht des Täters als Diebstahl. Mit anderen Worten stelle allein die Wegnahme bzw. der bloße Gewahrsamsbruch unter außerstrafrechtlichen Gesichtspunkten zwar eine bedeutsame Eigentumsverletzung, aber unter dem strafrechtlichen Aspekt noch keine erhebliche Beeinträchtigung des Eigentums

²⁹¹ Dazu und zum Folgenden vgl. MK-Schmitz, § 242 Rdnr. 9.

²⁹² Zur straflosen Sachentziehung vgl. nur Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 32; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 55.

²⁹³ Vgl. auch RGSt 64, 250; BGHSt 16, 192; 44, 38 f.; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 55. Ähnlich Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 32. Obwohl der Besitzer oder der Gewahrsamsinhaber oftmals von einer Sachbeschädigung beeinträchtigt werde, gewähre § 303 StGB ausschließlich dem Eigentümer den strafrechtlichen Schutz. Vgl. dazu Mitsch, BT 2/1, § 1 Rdnr. 6; Gössel, BT 2, § 3 Rdnr. 1; Lackner/Kühl, § 303 Rdnr. 1.

²⁹⁴ Zum Unterschied zwischen Diebstahl, Sachbeschädigung und Sachentziehung vgl. nur Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 136, 137, 140.

dar und somit sei sie allein nicht strafbar. Erst wenn zur Wegnahme die Zueignungsabsicht hinzukomme, liege aus der strafrechtlichen Sicht eine erhebliche Beeinträchtigung der Eigentumsfunktion gemäß § 903 BGB vor.

Aus dem soeben Erwähnten ergibt sich, dass die dauernde Enteignung des Eigentums, auf das sich die Zueignungsabsicht des Diebs richte, die eigentliche Rechtsgutsverletzung des Diebstahls sei.²⁹⁵ Die Wegnahme beim Diebstahl bedeute daher nur die Angriffsart der Eigentumsverletzung und der Gewahrsam habe demzufolge keine Rechtsgutsqualität in § 242 StGB.

b) Gegenauffassung im Schrifttum und die kritische Würdigung

Gegen die soeben ausgeführte Argumentation besteht der Einwand *Lampes*. Seinem Bedenken liegt der Vergleich des Erfolgsunwerts in §§ 242, 303 StGB zugrunde, also der Vergleich der objektiven Intensität der Eigentumsverletzung in den beiden strafrechtlichen Vorschriften.²⁹⁶ Nach der Ansicht *Lampes* kennzeichne die Sachbeschädigung die Sach- bzw. Eigentumsvernichtung; somit sei sie als die stärkste Angriffsform der Eigentumsverletzung zu verstehen. Demgegenüber sei der Gewahrsamsbruch durch Diebstahl nach der „Eigentums“-Position als eine relativ milde Angriffsart der Eigentumsbeeinträchtigung anzusehen, denn der Eigentümer verliere beim Diebstahl nur den Gewahrsam an der Sache, er behalte jedoch nach wie vor das förmliche Eigentumsrecht. Infolgedessen müsste nach der „Eigentums“-Position der Diebstahl gegenüber der Sachbeschädigung mit einer mildereren Strafe bedroht werden. Im geltenden deutschen Strafrecht liegt aber in § 242 StGB eine höhere Strafandrohung als in § 303 StGB vor. Daraus ergibt sich, dass der Gewahrsamsentzug nicht – wie die Befürworter der „Eigentums“-Position behaupten – als eine spezifische Handlungsmodalität der Eigentumsverletzung, sondern als eine andere selbständige Schutzgutsverletzung des § 242 StGB neben der Eigentumsverletzung zu begreifen sei. Aufgrund der Mehrzahl der verletzten Rechtsgüter durch Diebstahl, also der Beeinträchtigung des Eigentums und des Gewahrsams, sei die gegenüber § 303 StGB höhere Strafandrohung des § 242 StGB zu rechtfertigen. Nach dem soeben Erwähnten verliert die „Eigentums“-Position in vollem Maße ihre Begründungskraft.

Die Auffassung *Lampes* ist aber aus den folgenden Gründen nicht annehmbar. Der Unterschied der Tatbestandsstrukturen zwischen § 242 StGB und § 303 StGB sowie die demgemäß differenzierten Strafandrohungen in beiden Vor-

²⁹⁵ Dazu und zum Folgenden vgl. MK-*Schmitz*, § 242 Rdnr. 9.

²⁹⁶ Dazu und zum Folgenden vgl. *Lampe*, GA 1966, S. 228.

schriften gehen nicht nur vom objektiven Element bzw. vom Vergleich des Erfolgsunwerts aus, sondern auch von der subjektiven Seite, also vom Willen des Täters. Die Täter des Diebstahls und der Sachbeschädigung bringen zwar bei der Tatausführung in ihren Willen die negative Komponente der Zueignungsabsicht zum Ausdruck, also die Enteignungsabsicht bzw. die endgültige Ausschließung der Verfügungsmöglichkeit des Eigentümers an der Sache oder an dem in ihr verkörperten Sachwert.²⁹⁷ Dennoch vernachlässigt *Lampe*, dass die dem Täter der Sachbeschädigung fehlende²⁹⁸ positive Komponente der Zueignungsabsicht, also die Aneignungsabsicht bzw. die Verfügungsmöglichkeit an der Sache oder an dem Sachwert für eigene Rechnung des Täters, welche bei der Tatausführung des Diebstahls in dem Willen des Täters bestehen muss.²⁹⁹ Die Vertreter der „Eigentums“-Position könnten gegen den Einwand *Lampes* behaupten, dass zwar der Gewahrsamsbruch gegenüber der Sachbeschädigung bzw. der Eigentumsvernichtung die mildere Angriffsart der Eigentumsverletzung darstelle, aber der Gesetzgeber gerade aufgrund der rechtswidrigen Aneignungsabsicht des Diebs, die dem Täter der Sachbeschädigung fehlt, § 242 StGB mit der gegenüber § 303 StGB strengeren Strafan drohung ausstatten wollte.

Nach dem soeben Erwähnten lässt sich nicht — wie *Lampe* gegen die „Eigentums“-Position einwendet — lediglich aus dem Vergleich des Erfolgsunwerts in § 242 StGB und § 303 StGB ableiten, dass nach der „Eigentums“-Position die Strafan drohung des § 242 StGB milder als diejenige des § 303 StGB sein müsste. Mit anderen Worten ist allein anhand des Vergleichs des Erfolgsunwerts und der differenzierten Strafan drohung der §§ 242, 303 StGB die Frage nicht zu beantworten, ob ausschließlich das Eigentum oder auch der Gewahrsam die Rechtsgutsqualität im Rahmen des § 242 StGB inne hat. Demnach verdient der Einwand *Lampes* gegen die „Eigentums“-Position keine Zustimmung.

²⁹⁷ Zum Unterschied zwischen Diebstahl und Sachbeschädigung vgl. *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rdnr. 136 ff.; *Rengier*, BT 1, § 2 Rdnr. 65; *MK-Schmitz*, § 242 Rdnr. 114, 143; *Mitsch*, BT 2, S. 59; *NK-Kindhäuser*, § 242 Rdnr. 86 ff.

²⁹⁸ *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rdnr. 136 ff.; *Rengier*, BT 1, § 2 Rdnr. 65; *MK-Schmitz*, § 242 Rdnr. 114, 143; *Mitsch*, BT 2, S. 59. A.A. *NK-Kindhäuser*, § 242 Rdnr. 87 f. Es ist zwar im Schrifttum umstritten, ob die Aneignungsabsicht beim Täter der Sachbeschädigung überhaupt nicht existiert. Eines steht aber fest: die Aneignungsabsicht muss beim Dieb immer vorhanden sein. Dagegen existiert diese Absicht beim Täter der Sachbeschädigung nach der anderen Meinung höchstens im gegebenen Fall, aber nicht immer (vgl. dazu *NK-Kindhäuser*, § 242 Rdnr. 87 f.). Gerade aufgrund dieses kleinen Unterschieds zwischen den Tätern des Diebstahls und der Sachbeschädigung kann die gegenüber § 303 StGB höhere Strafan drohung des § 242 StGB ebenfalls begründet werden.

²⁹⁹ Vgl. dazu nur *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rdnr. 137; *Sch/Sch-Eser/Bosch*, § 242 Rdnr. 55.

3. Eigentum als Gegenstand der Zueignungsabsicht in § 242 StGB

Nach einer anderen Auffassung im Rahmen der „Eigentums“-Position ist die alleinige Rechtsgutseigenschaft des Eigentums in § 242 StGB darauf zurückzuführen, dass der Gegenstand der Zueignungsabsicht des Diebs nur das Eigentum sei.³⁰⁰ Im Schrifttum bedeutet die Zueignungsabsicht des § 242 StGB, dass der Täter zur Anmaßung einer eigentümerähnlichen Verfügungsgewalt für eigene Zwecke die fremde Sache oder den in ihr verkörperten Sachwert³⁰¹ seinem Vermögensbereich einverleiben will.³⁰² Bei der Drittzueignungsabsicht wird die Sache dadurch in das Drittvermögen überführt, dass der Täter dem Dritten die Sache selbst verschaffen oder er ihm die Aneignung der Sache ermöglichen will.³⁰³ Demnach richte sich die Zueignungsabsicht des Diebs ganz gegen den Eigentümer und der Dieb selbst oder der Dritte wolle über die Sache nicht als bisheriger Inhaber der Sache verfügen, sondern als deren Quasi-Eigentümer.³⁰⁴ Mit anderen Worten komme in der Zueignungsabsicht des Diebs die tätige Usurpierung der aus dem Eigentum fließenden Nutzungsmöglichkeit der Sache zum Ausdruck.³⁰⁵ Das Verständnis der Zueignungsabsicht des Diebs als Wille der Anmaßung einer Quasi-Eigentümerstellung³⁰⁶ führe dazu, dass nur das Eigentümer-Täter-Verhältnis beim Diebstahl von Bedeutung sei.³⁰⁷

4. Der Zusammenhang zwischen Wegnahme und Fremdheit in § 242 StGB

Eine weitere Ansicht folgert die alleinige Rechtsgutseigenschaft des Eigentums in § 242 StGB aus dem Zusammenhang zwischen den Merkmalen „Fremdheit“ und „Wegnahme“ in § 242 StGB. Die Rechtsgutsqualität des Gewahrsams sei daher zu verneinen.³⁰⁸ Die Vertreter dieser Ansicht gehen davon aus, dass sich der Eigentümer nicht aus § 242 StGB strafbar mache, wenn er dem Gewahrsamsinhaber, sogar dem rechtmäßigen Gewahrsamsinhaber, seine Sache entwende.³⁰⁹ In diesem Fall liege wegen des Fehlens des Merkmals

³⁰⁰ Bommer, Grenzen, S. 225 ff., 230 f.; Ecker, Schutz, S. 49. Ähnlich Dochow, HH 4, S. 265.

³⁰¹ Die Zueignungsabsicht des § 242 StGB richtet sich nach der herrschenden Auffassung gegen die substanzielle Sache und den in ihr verkörperten Sachwert. Da der Sachwert nichts zur Diskussion der Arbeit beiträgt, wird er im Folgenden nicht immer erwähnt.

³⁰² Vgl. nur Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 136.

³⁰³ Vgl. nur Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 153.

³⁰⁴ Bommer, Grenzen, S. 230 f.; Ecker, Schutz, S. 49; Dochow, HH 4, S. 265.

³⁰⁵ Bommer, Grenzen, S. 230.

³⁰⁶ Bommer, Grenzen, S. 230 Fn. 1110; Ecker, Schutz, S. 49.

³⁰⁷ Bommer, Grenzen, S. 230. Ähnlich Ecker, Schutz, S. 48 ff.

³⁰⁸ Maiwald, Zueignungsbegriff, S. 205 f.; Ruhstrat, GS 24 (1872), S. 144 f.; Mitsch, BT 2/1, § 1 Rdnr. 6.

³⁰⁹ Maiwald, Zueignungsbegriff, S. 205; Ruhstrat, GS 24 (1872), S. 144 f.; Mitsch, BT 2/1, § 1

„fremde Sache“ kein Diebstahl vor³¹⁰ und gegebenenfalls werde § 289 StGB oder § 248b StGB erfüllt.³¹¹ Der Gesetzgeber regele die Materie derart, weil zum Wesen des Diebstahls die Entwendung der fremden, d.h. der im Eigentum eines Dritten befindlichen Sache, erforderlich sei.³¹² Daraus ergibt sich, dass der Diebstahl als ein Delikt gegen das Eigentum anzusehen sei.³¹³ Das Merkmal des § 242 StGB „einem Anderen wegnimmt“ bedeute nur, dass es dem Gesetzgeber gleichgültig sei, ob die Sache dem Eigentümer selbst oder einem Dritten gestohlen werde.³¹⁴ Nach dem soeben Erwähnten sei in § 242 StGB das Merkmal „Wegnahme“ aus dem Merkmal „Fremdheit“ klarer auszu-legen. Damit könne die Wegnahme lediglich als die Angriffsart der Eigen-tumsverletzung begriffen werden.³¹⁵

5. Zwischenergebnisse

Nach den oben ausgeführten Überlegungen (II.2./3./4.) scheint die Analyse der Tatbestandsstruktur des § 242 StGB die alleinige Rechtsgutseigenschaft des Eigentums in § 242 StGB überzeugend zu begründen. Diese Analyse setzt ih-rerseits voraus, dass das Tatbestandsmerkmal „Fremdheit“ stets das fremde Eigentum bedeutet und sich die Zueignungsabsicht des Täters immer auf das Eigentum richtet. Ungeachtet der Frage, ob sich die Tatbestandsmerkmale „Fremdheit“ und „Zueignungsabsicht“ des § 242 StGB nur auf das Eigentum beziehen, muss nach der „Eigentums“-Position die Entziehung des reinen (rechtswidrigen oder rechtmäßigen) Gewahrsams durch Diebstahl immer zur Eigentumsverletzung führen. Wenn beispielsweise der „Diebesdiebstahl“ keine weitere bzw. erneute Eigentumsverletzung verursacht, verliert die „Eigen-tums“-Position zumindest beim „Diebesdiebstahl“ ihre Begründungskraft, weil sie den „Diebesdiebstahl“ ausschließlich über § 242 StGB behandeln muss. Ansonsten sollten die Befürworter der „Eigentums“-Position dem Vorgehen zustimmen, dass aufgrund der teleologischen Reduktion der „Diebesdiebstahl“ aus § 242 StGB ausgeschlossen und er zur Schließung der Strafbarkeitslücke über die anderen strafrechtlichen Regeln behandelt wird.

Demnach wird im folgenden Abschnitt zuerst die Beziehung zwischen der rei-nen Gewahrsamsentziehung und der erneuten Eigentumsverletzung beim „Diebesdiebstahl“ näher dargelegt. Anschließend werden die Einwände dage-

Rdnr. 6.

³¹⁰ *Maiwald*, Zueignungsbegriff, S. 205; *Ruhstrat*, GS 24 (1872), S. 144 f.

³¹¹ Ähnlich *Ruhstrat*, GS 24 (1872), S. 144 f.

³¹² *Ruhstrat*, GS 24 (1872), S. 145.

³¹³ *Maiwald*, Zueignungsbegriff, S. 206; *Ruhstrat*, GS 24 (1872), S. 145.

³¹⁴ *Ruhstrat*, GS 24 (1872), S. 145.

³¹⁵ *Maiwald*, Zueignungsbegriff, S. 205. Ähnlich *Ruhstrat*, GS 24 (1872), S. 145.

gen und die weiteren Lösungsvorschläge im Rahmen der „Eigentums“-Position eingehend diskutiert.

III. Entziehung des (rechtswidrigen) reinen Gewahrsams durch weiteren Diebstahl als die erneute Eigentumsverletzung gemäß § 242 StGB

Nach der „Eigentums“-Position sei das Eigentum das alleinige Schutzgut des § 242 StGB und der Gewahrsamsbruch durch Diebstahl werde als eine spezifische Angriffsart gegen das Eigentum begriffen. Demnach muss beim Auseinanderfallen von Eigentum und Gewahrsam die durch Gewahrsamsentziehung herbeigeführte weitere bzw. erneute Eigentumsverletzung ausführlicher dargestellt werden. Die Anerkennung der erneuten Eigentumsverletzung³¹⁶ durch weitere Diebstähle gegenüber dem reinen (unrechtmäßigen) Gewahrsamsinhaber wird von einem Teil der Lehre kritisiert.³¹⁷ Den diesbezüglichen Diskussionen sind die nachfolgenden Überlegungen gewidmet.

1. Faktische Steigerung der Verlustwirkung des Eigentümers als die erneute Eigentumsverletzung in § 242 StGB beim „Diebesdiebstahl“?

a) Die ursprüngliche Diskussion beim Betrug und bei der Hehlerei sowie deren Anwendbarkeit auf den Diebstahl

Einer Auffassung innerhalb der „Eigentums“-Position zufolge lässt sich die durch den reinen Gewahrsamsbruch verursachte erneute Eigentumsverletzung anhand der faktischen Steigerung der Verlustwirkung des Eigentümers begründen. Dieser Gedanke sei auf die ähnliche Diskussion beim Betrug und bei der Hehlerei zurückzuführen.³¹⁸ Nach einer Ansicht werde bei der Erschleichung der vom Getäuschten unredlich oder rechtswidrig besessenen Sache ein „Dreiecksbetrug“ zum Nachteil des zum Besitz der Sache Berechtigten angenommen, weil in diesem Fall eine erneute Vermögensbeschädigung des zum Besitz Berechtigten auftrete, die durch dessen faktisch vertieften Besitzverlust gekennzeichnet werde.³¹⁹ Ähnlich wie bei der Hehlerei erleide der

³¹⁶ *Maiwald*, Zueignungsbegriff, S. 206 ff.; *NK-Kindhäuser*, Vor §§ 242 ff. Rdnr. 1; *Sch/Sch-Eser/Bosch*, § 242 Rdnr. 1/2; *Cramer*, Vermögensbegriff, S. 227 f.; *Zieschang*, FS-Hirsch, S. 838. Ähnlich *Gallas*, FS-Eb. Schmidt, S. 427 Fn. 73.

³¹⁷ *Otto*, Struktur, S. 91 ff.; *Roth*, Eigentumsschutz, S. 76 ff. Ähnlich *Hirschberg*, Vermögensbegriff, S. 329 und S. 329 Fn. 52. Zwar ist *Hirschberg* der Auffassung, dass beim Bruch des unrechtmäßigen reinen Gewahrsams der unrechtmäßige Gewahrsamsinhaber nicht zu verletzen sei, sondern der Eigentümer oder der sonstige Sachberechtigte. Nach dessen Ansicht beziehen sich die erneute Rechtsverletzung des Eigentümers und die durch den zweiten Diebstahl herbeigeführte Erschwerung der Rechtsverfolgung aber auf den wirtschaftlichen Schaden, der beim Diebstahl nicht erforderlich ist (vgl. *ders.*, aaO). Dazu krit. *Otto*, Struktur, S. 142 Fn. 156.

³¹⁸ *Cramer*, Vermögensbegriff, S. 227 f. Ähnlich *Zieschang*, FS-Hirsch, S. 838.

³¹⁹ Dazu und zum Folgenden vgl. *Gallas*, FS-Eb. Schmidt, S. 427 Fn. 73; Im Ergebnis ähnlich

durch die Vortat verletzte Berechtigte wegen der vom Hehler beibehaltenen rechtswidrigen Vermögenslage einen weiteren Vermögensschaden, weil in diesem Fall der faktisch vertiefte Vermögensverlust des Berechtigten auftrete.

Der soeben erwähnte faktisch vertiefte Besitzverlust bzw. Vermögensverlust beim Betrug und bei der Hehlerei steht aus den folgenden Gründen in Frage. Erstens scheint es zweifelhaft, ob in den oben genannten Fällen die Voraussetzung für den Dreiecksbetrug, also das (rechtliche oder rein faktische) Näheverhältnis zwischen dem Getäuschten und dem zum Besitz Berechtigten, vorhanden ist.³²⁰ Zweitens ist nicht deutlich geklärt, ob die Beeinträchtigung der Verfügung des Getäuschten über dessen rechtswidrig besessene Sache einen wirtschaftlich messbaren Vermögensschaden des zum Besitz Berechtigten herbeiführt.³²¹ Schließlich bleibt es ungelöst, ob das Wesen der Hehlerei die Vertiefung bzw. die Verstärkung der vom Vortäter geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage darstellt.³²²

Dennoch sei einer Auffassung zufolge die oben genannte Dreiecks-Konstruktion und der Begriff der erneuten Rechtsgutsverletzung auf das Zueignungsdelikt — insbesondere zur Begründung der erneuten Eigentumsverletzung durch den „Diebesdiebstahl“ — anwendbar, weil die soeben vorgebrachten Bedenken den Zueignungsdelikten nicht entgegenstünden.³²³ Insbesondere setzen die Zueignungsdelikte keinen wirtschaftlich messbaren Schaden voraus, worauf sich die Vermögensbeschädigung bei den Vermögensdelikten nach der überwiegenden Auffassung beziehen müsse. Demnach sei festzulegen, dass die Entwendung der Sache vom reinen Gewahrsamsinhaber zum erneuten Nachteil des Eigentümers führe und zum strafrechtlich-vollkommenen Schutz des Eigentümers der „Diebesdiebstahl“ nach § 242 StGB bestraft werden könne.³²⁴

Welzel, Strafrecht, S. 373; Lenckner, JZ 1967, S. 107 Fn. 14; Berner, Lehrbuch, S. 587. A.A. Zieschang, FS-Hirsch, S. 838; Mitsch, BT 2/1, § 7 Rdnr. 93.

³²⁰ Ein hinreichendes Näheverhältnis für den Dreiecksbetrug fordern in jedem Fall vgl. Rengier, BT 1, § 13 Rdnr. 49; LK-Tiedemann, 11. Aufl., § 263 Rdnr. 117; MK-Hefendehl, § 263 Rdnr. 325 ff.; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 649; Zieschang, FS-Hirsch, S. 838; Mitsch, BT 2/1, § 7 Rdnr. 93. A.A. SK-Hoyer, § 263 Rdnr. 107, 171; RGSt 64, 228; BGHSt 17, 148 f.; 24, 382 ff.; krit. Gössel, MDR 1973, S. 178.

³²¹ Zur Verneinung des wirtschaftlich messbaren Vermögensschadens des zum Besitz Berechtigten vgl. Cramer, Vermögensbegriff, S. 226 f.; Sch/Sch-Perron, § 263 Rdnr. 95.; Kühl, JuS 1989, S. 511; Bommer, Grenzen, S. 148 Fn. 760.

³²² Zustimmend RGSt 71, 342; Gallas, FS-Eb. Schmidt, S. 427 Fn. 73; Gerland, Reichsstrafrecht, S. 673. A.A. Otto, Struktur, S. 95.

³²³ Dazu und zum Folgenden vgl. Cramer, Vermögensbegriff, S. 227 f. Ähnlich Zieschang, FS-Hirsch, S. 838.

³²⁴ Cramer, Vermögensbegriff, S. 227.

b) Aufrechterhaltung des Sachverlustes des Eigentümers statt der faktisch vertieften Verlustwirkung des Eigentümers beim „Diebesdiebstahl“

Ungeachtet dessen, dass die Bedeutung der faktisch vertieften Verlustwirkung des Eigentümers durch einen weiteren Diebstahl in der soeben erwähnten Ansicht nicht näher dargelegt wird, sind gegen diese Auffassung die folgenden Einwände vorzubringen. Nach der üblichen Auffassung bedeutet die Eigentumsverletzung in § 242 StGB die Beeinträchtigung der dem Eigentümer zustehenden faktischen Ausübungs- oder Verfügungsmöglichkeit des Eigentumsrechts. Weil beim „Diebesdiebstahl“ der Eigentümer wegen der Gewahrsamsentziehung durch den ersten Diebstahl die faktische Verfügungsmöglichkeit des Eigentumsrechts bereits völlig verloren hat, kann der zweite Dieb durch die Wegnahmehandlung gegen den ersten Dieb den Eigentümer aus faktischer Sicht nicht weiter oder vertieft verletzen.³²⁵ Demnach ist die faktische Steigerung der Verlustwirkung des Eigentümers durch die weitere Entwendung der Sache jedenfalls beim „Diebesdiebstahl“ nicht annehmbar und nachweisbar. Die beim ersten Diebstahl eingetretene Eigentumsverletzung wird durch den zweiten Diebstahl vielmehr weiterhin aufrechterhalten.³²⁶

Darüber hinaus ist beim „Diebesdiebstahl“ der zweite Dieb nach der „Eigentums“-Position nicht aufgrund der Aufrechterhaltung der Eigentumsverletzung zu bestrafen,³²⁷ denn die Aufrechterhaltung der Eigentumsverletzung setzt

³²⁵ Ähnlich *Otto*, Struktur, S. 90 ff., 142. Im Ergebnis ebenso *Bommer*, Grenzen, S. 248 f.; *Roth*, Eigentumsschutz, S. 75 ff.; *Ecker*, Schutz, S. 50; *Brauweiler*, Vermögensbegriff, S. 194; *Eckstein*, GS 80 (1913), S. 283; *Kühl*, JuS 1989, S. 511. *Kühl* verneint die faktische Steigerung der Verlustwirkung des Eigentümers aus dem Grund, dass der Eigentümer nach dem ersten Diebstahl nicht mehr weiß, wo sich seine Sache befindet (vgl. *ders.*, aaO). Dieser Auffassung ist nicht zuzustimmen, weil die Eigentumsverletzung im Sinne des § 242 StGB nicht durch den weiteren Diebstahl vertieft wird, auch wenn der Eigentümer weiß, wo sich seine Sache befindet. Mit anderen Worten kommt es in der hiesigen Diskussion ungeachtet des Wissens des Eigentümers ausschließlich auf die objektive Tatsache an, dass die wegen der Gewahrsamsentziehung bereits verlorene faktische Ausübungsmöglichkeit des Eigentümers aus der faktischen Sicht nicht durch den weiteren Diebstahl zu verletzen ist.

³²⁶ *Otto*, Struktur, S. 91; *Birkmeyer*, Darstellung, BT 6, S. 196; *Roth*, Eigentumsschutz, S. 75 f. Ähnlich *Schramm*, JuS 2008, S. 679; *SK-Hoyer*, Vor § 242 Rdnr. 11.

³²⁷ Vgl. *Otto*, Struktur, S. 143. A.A. *Birkmeyer*, Darstellung, BT 6, S. 196. Zu beachten ist, dass *Birkmeyer* der herrschenden Meinung, dass die Schutzgüter des Diebstahls der Gewahrsam und das Eigentum seien, zustimmt. Er behauptet, dass wegen der reinen Gewahrsamsentziehung durch einen weiteren Diebstahl einerseits die Gewahrsamsverletzung herbeigeführt und andererseits die durch den vorher begangenen Diebstahl verursachte Eigentumsverletzung beibehalten werde (vgl. *ders.*, aaO, S. 196.). Dennoch könnten die Anhänger der „Eigentums“-Position zur Zurückweisung der hierbei vorgebrachten Kritik die Auffassung übernehmen, dass die Aufrechterhaltung der Eigentumsverletzung als die Eigentumsverletzung beim „Diebesdiebstahl“ in § 242 StGB zu begreifen sei.

jedenfalls voraus, dass der Eigentümer seine faktische Ausübungsmöglichkeit des Eigentumsrechts bereits durch den ersten Diebstahl völlig verloren hat und keine erneute Eigentumsverletzung durch den weiteren Diebstahl herbeizuführen ist. Mit anderen Worten steht die durch den zweiten Diebstahl beibehaltene Eigentumsverletzung mit der Behauptung der „Eigentums“-Position in krassem Widerspruch.

Nach dem soeben Erwähnten kann im Falle des „Diebesdiebstahls“ die Aufrechterhaltung der Eigentumsverletzung durch den weiteren Diebstahl überhaupt nicht als die Eigentumsverletzung im üblichen Sinne des § 242 StGB, also die Verletzung der faktischen Ausübungsmöglichkeit des Eigentumsrechts, sondern als ein ganz anderes Interesse, verstanden werden.³²⁸ Demnach beeinträchtigt beim „Diebesdiebstahl“ der zweite Dieb nicht das Eigentum im Sinne des § 242 StGB, sondern lediglich das Gewahrsam des ersten Diebs. Der weitere Diebstahl führt damit grundsätzlich keine faktische Steigerung der Verlustwirkung des Eigentümers herbei, d.h. keine weitere bzw. erneute Eigentumsverletzung im Sinne des § 242 StGB.

c) Aufrechterhaltung des Sachverlustes des Eigentümers als das weitere Schutzgut des § 242 StGB beim „Diebesdiebstahl“?

Nach dem soeben Ausgeführten lässt sich beim „Diebesdiebstahls“ keine faktisch vertiefte Eigentumsverletzung aus dem weiteren Diebstahl ableiten, genießt der Eigentümer in diesem Fall keinen Schutz mehr gemäß § 242 StGB. Um diese Strafbarkeitslücke zu schließen, liegt es nahe, dass die Vertreter der „Eigentums“-Position die Aufrechterhaltung der Eigentumsverletzung beim „Diebesdiebstahl“ als die weitere selbständige Rechtsgutsverletzung des § 242 StGB annehmen könnten.³²⁹ Dementsprechend stelle das Schutzgut des § 242 StGB in dem Falle, wonach der Eigentümer selbst oder der reine rechtmäßige Gewahrsamsinhaber bestohlen wird, das Eigentum im Sinne des § 903 BGB dar. Demgemäß wäre in § 259 StGB auf das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal „einvernehmliches Zusammenwirken des Hehlers mit dem

³²⁸ Vgl. *Otto*, Struktur, S. 143; *Roth*, Eigentumsschutz, S. 75 ff.; *Schramm*, JuS 2008, S. 679; *SK-Hoyer*, Vor § 242 Rdnr. 11. Nach der Meinung *Hoyers* und *Schramms* sei die Aufrechterhaltung der Eigentumsverletzung nicht gemäß § 242 StGB, sondern gemäß § 259 StGB zu behandeln. Vgl. *Hoyer*, aaO, Rdnr. 11; *Schramm*, aaO, S. 679.

³²⁹ Vgl. *Roth*, Eigentumsschutz, S. 75 ff., 79 ff., 85 ff. *Roth* ist aber der Meinung, dass die Schutzgüter des § 242 StGB Eigentum und Gewahrsam seien. Vgl. *ders.*, aaO, S. 26. Dennoch könnte die Auffassung, dass neben der Eigentumsverletzung die Aufrechterhaltung der Eigentumsverletzung beim „Diebesdiebstahl“ die weitere selbständige Rechtsgutsbeeinträchtigung des § 242 StGB sei, ebenfalls von Vertretern der „Eigentums“-Position zur Schließung der Strafbarkeitslücke beim „Diebesdiebstahl“ vorgebracht werden.

Vortäter“ zu verzichten.³³⁰ Die Möglichkeit der Doppelbestrafung, also beim „Diebesdiebstahl“ die Bestrafung des Täters nach § 242 StGB einerseits und nach § 259 StGB andererseits, könnte durch die Konkurrenz gelöst werden.³³¹ Da sich die oben genannten Rechtsgutsbeeinträchtigungen, also die Eigentumsverletzung einerseits und die Aufrechterhaltung der Eigentumsverletzung andererseits, nach wie vor auf die Verfügungsmöglichkeit des Eigentumsrechts beziehen, könnten die Befürworter der „Eigentums“-Position nach der soeben erwähnten mutmaßlichen Verbesserung bzw. Fortentwicklung ihrer Lehre weiterhin aussagen, dass allein das Eigentum in den Schutzbereich des § 242 StGB falle.

Dennoch ist der soeben erwähnte Lösungsversuch nicht vertretbar, weil er die wesentliche Differenz zwischen Diebstahl und Hehlerei übersieht und mithin die Abschaffung des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals „eivernehmliches Zusammenwirken des Hehlers mit dem Vortäter“ des § 259 StGB abgelehnt werden muss. § 242 StGB richtet sich im Vergleich zum Vermögensschutz in § 259 StGB hauptsächlich nicht gegen jede Art des (rechtswidrigen) Sachentzugs bzw. der (widerrechtlichen) Gewahrsamsverlagerung, sondern lediglich gegen die Sachzueignung durch den Gewahrsamsbruch.³³² Daher besteht die zentrale Vorwerfbarkeit des „Diebesdiebstahls“ nicht darin, dass der zweite Dieb durch die Tat die Sache weiter entzieht bzw. den Gewahrsam verlagert sowie die Eigentumsverletzung aufrechterhält, sondern darin, dass er mithilfe der Zueignungsabsicht und des Gewahrsamsbruchs, der gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers herbeigeführt wird, eine neue rechtswidrige Gewahrsamslage für sich oder einen Dritten verschafft und gleichzeitig ein normatives Recht bzw. die rechtliche persönliche Freiheit des Gewahrsamsinhabers beeinträchtigt.³³³

Demgegenüber stört der Hehler mit seiner Tat den Vortäter in keinem seiner Rechte oder in seiner persönlichen Freiheit: Gerade durch das „eivernehmliche Zusammenwirken mit dem Vortäter“ behält der Hehler weiterhin die vom Vortäter geschaffene rechtswidrige Gewahrsams- bzw. Vermögenslage bei und verletzt die Freiheit des Berechtigten. Mit anderen Worten lässt sich im Falle des „Diebesdiebstahls“ der zentrale Unrechtsgehalt des Diebstahls, also der gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers herbeigeführte Gewahrsamsbruch und die zusammenfallende Zueignungskomponente sowie

³³⁰ Vgl. Roth, Eigentumsschutz, S. 116 ff. Im Ergebnis ebenso Ecker, Schutz, S. 50 Fn. 3.

³³¹ Vgl. Roth, Eigentumsschutz, S. 89 ff.

³³² Ähnlich SK-Hoyer, Vor § 242 Rdnr. 11; BeckOK-Wittig, § 242 Rdnr. 24.

³³³ Vgl. dazu die Darstellungen unter E.

die Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit des Gewahrsamsinhabers, nicht mittels des freiwilligen Sachentzugs, der friedlichen Gewahrsamsverlagerung bzw. der Aufrechterhaltung der Eigentumsverletzung ähnlich wie in § 259 StGB hinreichend darstellen. Demnach hat der deutsche Gesetzgeber aufgrund der hinreichenden Bewertung des wesentlichen Unterschieds zwischen Diebstahl und Hehlerei, also aufgrund der vollen Verwertung der durch die beiden Delikte herbeigeführten differenzierten Freiheitsbeeinträchtigung, die beiden Straftaten mit auseinandergehenden Tatbestandsstrukturen versehen.

Das soeben erwähnte Doppelbestrafungsverbot bzw. Doppelbewertungsverbot sowie das Vollverwertungsprinzip beziehen sich nicht nur auf die Konkurrenzebene, sondern auch auf die Gesetzgeberebene und die strafrechtsdogmatische Auslegung der Tatbestandsstruktur. Gemäß des Vollverwertungsprinzips und des *nulla poena sine lege*-Grundsatzes im Bereich des Strafrechts muss sich der Gesetzgeber bemühen, die einzelnen Tatbestandsstrukturen der jeweiligen Straftat ausdrücklich zu konstruieren. Wenn aus der Tatbestandsstruktur eines bestimmten Delikts eine Unklarheit entsteht, muss entweder durch Gesetzesänderung oder strafrechtsdogmatische Auslegung diese Undeutlichkeit beseitigt oder verringert werden. Gerade anhand des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals „einvernehmliches Zusammenwirken des Hehlers mit dem Vortäter“ des § 259 StGB zeigt sich, dass mithilfe strafrechtsdogmatischer Auslegung die vom Gesetzgeber geschaffene unzureichende Tatbestandsstruktur des § 259 StGB vervollkommen werden kann.

Der oben genannte mutmaßliche Lösungsvorschlag der „Eigentums“-Position vernachlässigt die wesentliche Abweichung zwischen Diebstahl und Hehlerei und behauptet, dass das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal „einvernehmliches Zusammenwirken des Hehlers mit dem Vortäter“ des § 259 StGB aufzuheben sei. Deswegen verdient dieser vermutliche Lösungsversuch der „Eigentums“-Position keine Zustimmung und steht im Schrifttum nicht im Geringsten zur Diskussion.³³⁴ Nach dem soeben Erwähnten kommt man zu dem Schluss, dass die Aufrechterhaltung der Eigentumsverletzung beim „Diebesdiebstahl“ nicht als die andere selbständige Rechtsgutsverletzung des § 242 StGB neben der Eigentumsverletzung zu begreifen ist.

d) Fazit

Aus der soeben ausgeführten Diskussion gelangt man zu folgenden Ergeb-

³³⁴ Im Umfang der vom Verfasser recherchierten Literatur steht dieser Lösungsversuch der „Eigentums“-Position nicht im Geringsten zur Diskussion.

nissen: Im Falle des „Diebesdiebstahls“ wird durch den weiteren Gewahrsamsentzug die beim vorherigen Diebstahl aufgetretene Eigentumsverletzung lediglich aufrechterhalten, da der Eigentümer die faktische Ausübungsmöglichkeit des Eigentumsrechts im Sinne des § 242 StGB durch den vorhergehenden Diebstahl ganz verloren hat. Damit wird beim „Diebesdiebstahl“ keine von Anhängern der „Eigentums“-Position behauptete faktisch vertiefte Verlustwirkung des Eigentümers herbeigeführt.

Außerdem ist die Aufrechterhaltung der Eigentumsverletzung nicht als weitere selbständige Rechtsgutsverletzung des § 242 StGB neben der Eigentumsverletzung anzunehmen, da im Falle des „Diebesdiebstahls“ die zentrale Vorwerfbarkeit des Diebstahls darin liegt, dass der Täter durch die Zueignungsabsicht und den gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers herbeigeführten Gewahrsamsbruch die rechtliche persönliche Freiheit des Gewahrsamsinhabers beeinträchtigt. Unter dem Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung der vorhandenen Eigentumsverletzung ist beim „Diebesdiebstahl“ die Freiheitsverletzung des Gewahrsamsinhabers zu vernachlässigen und mithin nicht hinreichend zu bewerten.

Nach dem Vorhergehenden ist beim „Diebesdiebstahl“ die reine Gewahrsamsentziehung nicht — wie Befürworter der „Eigentums“-Position behaupten — als die spezifische Angriffsart des Eigentumsrechts im Sinne des § 242 StGB zu verstehen. Demnach ist im Falle des „Diebesdiebstahls“ die im Rahmen der „Eigentums“-Position beharrte alleinige Rechtsgutseigenschaft des Eigentums in § 242 StGB nicht anhand der vorstehenden Argumente, also der faktischen Steigerung der Verlustwirkung des Eigentümers sowie der Aufrechterhaltung der (vorhandenen) Eigentumsverletzung, zu rechtfertigen.

2. Verschlechterung tatsächlicher Restitutionsmöglichkeit oder Nichtanerkennung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers aus § 985 BGB als die erneute Eigentumsverletzung des § 242 StGB beim Diebesdiebstahl?

a) Meinungsstand und Diskussion im Schrifttum

Eine weitere Auffassung innerhalb der „Eigentums“-Position legt der durch den „Diebesdiebstahl“ verursachten erneuten Eigentumsverletzung die Verschlechterung der tatsächlichen Restitutionsmöglichkeit des Eigentümers oder die Nichtanerkennung dessen Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB zugrunde. Wie beim soeben referierten Argumentationsgang (III.1.a)) besteht in der hier dargestellten Auseinandersetzung der enge Zusammenhang zwischen der

Begründung der erneuten Eigentumsverletzung im Falle des „Diebesdiebstahls“ und der Diskussion über den weiteren Vermögensschaden des zum Besitz Berechtigten bei der Erschleichung der vom Getäuschten rechtswidrig erlangten Sache. Es wird behauptet, dass bei der Erschleichung der vom Getäuschten unredlich oder rechtswidrig erlangten Sache ein Dreiecksbetrug zum Nachteil des zum Besitz Berechtigten vorliege, weil dessen vermögenswerte Chance auf Wiedererlangung des Besitzes beeinträchtigt werde.³³⁵ Die Dreiecks-Konstruktion und der Gedanke der erneuten Rechtsgutsverletzung wäre von Vertretern der „Eigentums“-Position zur Begründung der erneuten Eigentumsverletzung beim „Diebesdiebstahl“ zu übernehmen. Es könnte angenommen werden, dass im Falle des „Diebesdiebstahls“ die Verschlechterung der tatsächlichen Restitutionsmöglichkeit des Eigentümers³³⁶ oder die Nichtanerkennung dessen Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB³³⁷ als die erneute Eigentumsverletzung im Sinne des § 242 StGB zu begreifen sei, weil gegen jeden weiteren Dieb wieder eine neue tatsächliche Restitutionsmöglichkeit oder ein neuer Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 BGB entstehe.

Gegen diese Auffassung wird eingewandt, dass bei der Entziehung der rechtswidrig erlangten Sache durch den weiteren Diebstahl die Verschlechterung der tatsächlichen Restitutionsmöglichkeit des Eigentümers nicht als die erneute Eigentumsverletzung zu verstehen sei.³³⁸ Diese Kritik geht davon aus, dass der Nachweis der Verschlechterung der konkreten Restitutionsmöglichkeit des Eigentümers von der reinen Zufälligkeit abhängt. Zwar sei unter Umständen die tatsächliche Restitutionsmöglichkeit des Eigentümers im Falle des „Diebesdiebstahls“ durch den Wechsel des Gewahrsamsinhabers der gestohlenen Sache zu beeinträchtigen. In der Tat könne aber die Restitutionsmöglichkeit des Eigentümers beim „Diebesdiebstahl“ im Einzelfall nicht immer erschwert, sondern ab und zu vereinfacht werden. Zum Beispiel: Der 2. Dieb (A) hat vom 1. Dieb ein Bild geklaut. (A) ist aber ein guter Freund von (B), welcher

³³⁵ SK-Hoyer, § 263 Rdnr. 106 f., 125; SK-Samson/Günther, 5. Aufl., § 263 Rdnr. 118; RGSt 64, 228; BGHSt 24, 382. Ähnlich Gerland, Reichsstrafrecht, 2. Aufl., S. 637 Fn. 6. A.A. Zieschang, FS-Hirsch, S. 838; Mitsch, BT 2/1, § 7 Rdnr. 93.

³³⁶ Vgl. Birkmeyer, Darstellung, BT 6, S. 196. A.A. Schramm, JuS 2008, S. 679; SK-Hoyer, Vor § 242 Rdnr. 11. Zu beachten ist, dass Birkmeyer mit der herrschenden Meinung, dass die Schutzgüter beim Diebstahl Gewahrsam und Eigentum seien, einverstanden ist. Dass der reine Gewahrsamsbruch durch den weiteren Diebstahl nicht nur zur Gewahrsamsbeeinträchtigung, sondern auch zur erneuten Eigentumsverletzung führt, ist von Birkmeyer anerkannt (vgl. Birkmeyer, aaO, S. 196.). Trotzdem könnten die Befürworter der „Eigentums“-Position der Auffassung Birkmeyers im Rahmen der Eigentumsverletzung zustimmen, also die Verschlechterung der tatsächlichen Restitutionsmöglichkeit des Eigentümers als die erneute Eigentumsverletzung im Falle des „Diebesdiebstahls“ ansehen.

³³⁷ Vgl. NK-Kindhäuser, Vor §§ 242 ff. Rdnr. 1.

³³⁸ Dazu und zum Folgenden vgl. Otto, Struktur, S. 91 ff.

der Eigentümer des Bildes ist. Deswegen besucht (B) häufig das Haus von (A), wo (A) sein Diebesgut, das Bild von (B), an der Wand seines Wohnzimmers aufhängt. In diesem Fall hat (B) wegen des weiter von (A) begangenen Diebstahls eine bessere Chance, sein Bild wiederzuerlangen. Demnach bleibt noch eine Möglichkeit übrig, dass man die Erschwerung der tatsächlichen Restitutionsmöglichkeit des Eigentümers beim „Diebesdiebstahl“ einfach annimmt. Gleichwohl aber sei die Fiktion der Beeinträchtigung der tatsächlichen Restitutionsmöglichkeit des Eigentümers beim „Diebesdiebstahl“ nicht gangbar, da die Fiktion gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoße und somit zur Überlastung des Täters führe, der im konkreten Fall die tatsächliche Restitutionsmöglichkeit des Eigentümers beim weiteren Diebstahl nicht verschlechtert.

Die oben ausgeführte Kritik, wonach beim „Diebesdiebstahl“ die Verschlechterung der tatsächlichen Restitutionsmöglichkeit des Eigentümers nicht als die erneute Eigentumsverletzung in § 242 StGB anzusehen sei, trifft ihrerseits zu. Demnach wird nach der weiteren Ansicht innerhalb der „Eigentums“-Position behauptet, dass beim „Diebesdiebstahl“ nicht die reine Zufälligkeit, d.h. die unbestimmt vorhandene Verschlechterung der tatsächlichen Restitutionsmöglichkeit des Eigentümers, sondern die Nichtanerkennung dessen Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB, also die Beeinträchtigung der fest geregelten rechtlichen Befugnis des Eigentümers, die erneute Verletzung des Eigentümers darstelle.³³⁹

b) Kritische Würdigung

Der Hauptmangel der Ansicht, wonach beim „Diebesdiebstahl“ die Verschlechterung der tatsächlichen Restitutionsmöglichkeit des Eigentümers oder die Nichtanerkennung dessen Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB als die erneute Eigentumsverletzung zu begreifen sei, liegt darin, dass die Schutzgüter nach dieser Ansicht mit dem Eigentumsschutz gemäß § 242 StGB nicht in Einklang steht.³⁴⁰ Nach der herrschenden Meinung stellt der Eigentumsschutz

³³⁹ Vgl. NK-*Kindhäuser*, Vor §§ 242 ff. Rdnr. 1. Nach der Ansicht *Kindhäusers* müsse sich der Strafraum des Diebstahls beim Bruch des unrechtmäßigen Gewahrsams auf den Strafraum der Unterschlagung beschränken (vgl. *ders.*, aaO Rdnr. 33). Der Grund liegt darin, dass der Täter, der die Sache einem unberechtigten, insbesondere bösgläubigen Gewahrsamsinhaber wegnimmt, über die Zueignung hinaus kein weiteres Unrecht verwirkliche. Dass der unberechtigte, aber gutgläubige Besitzer nicht mit dem bösgläubigen gleichzustellen sei, sei aufgrund der unterschiedlichen Behandlung von beiden aus §§ 987 ff. BGB abzuleiten. Darüber hinaus ist das mangelnde Unrecht des Bruchs des unrechtmäßigen Gewahrsams dadurch zu begründen, dass der unberechtigte Gewahrsam kein notwehrfähiges Interesse im Sinne des § 32 StGB darstelle (vgl. dazu *ders.*, FS-Gössel, S. 453; *Jakobs*, AT, 12. Abschn. Rdnr. 3; *Felber*, Rechtswidrigkeit, S. 187 f.).

³⁴⁰ Im Ergebnis ähnlich SK-*Hoyer*, Vor § 242 Rdnr. 11. Nach der Auffassung *Hoyers* sei die Behandlung der Verschlechterung der Restitutionsmöglichkeit des Eigentümers, also die

nach § 242 StGB die Gewährleistung der dem Eigentümer zustehenden faktischen Ausübungs- bzw. Verfügungsmöglichkeit des Eigentumsrechts dar, die in § 903 BGB unter dem Titel „Inhalt des Eigentums“ des bürgerlichen Gesetzbuchs geregelt ist. Dagegen steht der Herausgabeanspruch des Eigentümers in § 985 BGB unter dem Titel „Ansprüche aus dem Eigentum“ des bürgerlichen Gesetzbuchs. Nach der systematischen Einordnung bezieht die in § 903 BGB geregelte Befugnis des Eigentümers den Herausgabeanspruch des Eigentümers in § 985 BGB ersichtlich nicht mit ein.

Darüber hinaus tritt der Herausgabeanspruch des Eigentümers im Falle des Diebstahls aus normativer Sicht erst ein, wenn die in § 903 BGB geregelte faktische Ausübungsmöglichkeit des Eigentumsrechts durch Diebstahl bereits verletzt bzw. völlig verloren worden ist.³⁴¹ Mit anderen Worten setzt der Eintritt des Herausgabeanspruchs des Eigentümers in § 985 BGB beim „Diebesdiebstahl“ die vorausgehende Eigentumsverletzung voraus. Infolgedessen sind beim „Diebesdiebstahl“ die Verschlechterung der tatsächlichen Restitutionsmöglichkeit des Eigentümers oder die Nichtanerkennung dessen Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB, also die Verhinderung der Neubegründung der bereits verlorenen faktischen Ausübungsmöglichkeit des Eigentumsrechts, nicht mit dem Sachentzug aus dem Herrschaftsbereich des Eigentümers durch den ersten Diebstahl, d.h. der Beseitigung der vorhandenen faktischen Ausübungsmöglichkeit des Eigentumsrechts, gleichzustellen.³⁴² Nach dem soeben Erwähnten ist beim „Diebesdiebstahl“ die Verschlechterung der tatsächlichen Restitutionsmöglichkeit des Eigentümers oder die Nichtanerkennung dessen Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB nicht als die erneute Eigentumsverletzung im Sinne des § 242 StGB zu verstehen.

c) Nichtanerkennung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers aus § 985 BGB als weitere selbständige Rechtsgutsverletzung des § 242 StGB beim „Diebesdiebstahl“?

Nach dem Vorhergehenden stimmt die Auffassung im Rahmen der „Eigentums“-Position, also die Verschlechterung der tatsächlichen Restitutionsmöglichkeit des Eigentümers und die Nichtanerkennung dessen Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB, mit der Eigentumsverletzung im Sinne des § 242 StGB nicht überein. Anhand dieser Auffassung ist die erneute Ei-

Bestrafung des mit dem „Perpetuierungsunrecht“ bezeichnete Sachentzugs, die Aufgabe des § 259 StGB. Im Rahmen des § 242 StGB müsse der Eigentümer dagegen ausschließlich vor der „Sachzueignung“ geschützt werden.

³⁴¹ Ähnlich *Roth*, Eigentumsschutz, S. 76.

³⁴² Im Ergebnis ähnlich *Otto*, Struktur, S. 92.

gentumsverletzung beim „Diebesdiebstahl“ in § 242 StGB nicht zu begründen. Um die Strafbarkeitslücke zu schließen, liegt es nahe, dass beim „Diebesdiebstahl“ die Vertreter der „Eigentums“-Position die Nichtanerkennung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers in § 985 BGB als die weitere selbständige Rechtsgutsverletzung des § 242 StGB annehmen. Demnach stellt das Schutzgut des § 242 StGB in dem Falle, in dem der Eigentümer selbst oder der reine rechtmäßige Gewahrsamsinhaber bestohlen wird, das Eigentum im Sinne des § 903 BGB dar. Da die vorgenannten Rechtsgutsverletzungen, also die Eigentumsverletzung einerseits und die Nichtanerkennung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers andererseits, sich nach wie vor auf die rechtlichen Befugnisse des Eigentümers beziehen, könnten die Befürworter der „Eigentums“-Position nach der soeben erwähnten mutmaßlichen Verbesserung bzw. Fortentwicklung ihrer Lehre weiterhin aussagen, dass allein das Eigentum „im weiteren Sinne“, d.h. die dem Eigentümer zustehenden rechtlichen Befugnisse der §§ 903, 985 BGB, in den Schutzbereich des § 242 StGB fielen.

Da beim „Diebesdiebstahl“ der 1. Dieb oder der 2. Dieb jeweils als der betroffene Anspruchsgegner des Herausgabeanspruchs des Eigentümers aus § 985 BGB zu begreifen ist, wird die folgende Diskussion nach den differenzierten Anspruchsgegnern entwickelt. Zusammengefasst gelingt es dem Lösungsversuch der „Eigentums“-Position nicht, die Strafbarkeitslücke in diesem Fall zu schließen.

aa) Nichtanerkennung des gegen den 1. Dieb gerichteten Herausgabeanspruchs des Eigentümers aus § 985 BGB

Die mutmaßliche Behauptung der „Eigentums“-Position, dass im Falle des „Diebesdiebstahls“ die vom 2. Dieb ausgedrückte Nichtanerkennung des gegen den 1. Dieb gerichteten Herausgabeanspruchs des Eigentümers in § 985 BGB die weitere eigenständige Rechtsgutsverletzung des § 242 StGB kennzeichne, ist nicht annehmbar. Denn die vom 2. Dieb zustande gebrachte Nichtanerkennung des gegen den 1. Dieb gerichteten Herausgabeanspruchs des Eigentümers in § 985 BGB führt aus rechtlicher und tatsächlicher Sicht zu keiner Beeinträchtigung dieses Anspruchs. Aus der rechtlichen Perspektive ist der Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 BGB anders als der schuldrechtliche Anspruch ein zivilrechtlicher dinglicher Anspruch, der sich hauptsächlich auf den dinglichen Gegenstand bezieht. Der Schuldner des Herausgabeanspruchs des Eigentümers aus § 985 BGB stellt somit lediglich

den gegenwärtigen Besitzer des dinglichen Gegenstandes³⁴³ dar. Mit anderen Worten bleibt ungeachtet des Besitzer-Wechsels der dingliche Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 BGB unangetastet bestehen, sofern die betroffene Sache immer vorhanden ist.

Der gegen den 1. Dieb gerichtete Herausgabeanspruch des Eigentümers gemäß § 985 BGB erlischt zwar nach dem weiteren Diebstahl. In rechtlicher Hinsicht besteht aber der Herausgabeanspruch des Eigentümers gemäß § 985 BGB aufgrund seines Wesens als dinglicher Anspruch nach dem weiteren Diebstahl unangetastet fort und zwar richtet er sich anschließend gegen den gegenwärtigen Besitzer der Diebesgüter, also den 2. Dieb. Wie kann man aus der rechtlichen Sicht eine Verletzung eines solchen dinglichen Anspruchs annehmen, wenn der Eigentümer gegenüber dem 2. Dieb weiterhin den Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB geltend machen und sogar von ihm erfüllen lassen kann? Nach dem soeben Erwähnten kommt man zu folgendem Schluss: Beim „Diebesdiebstahl“ beeinträchtigt die vom 2. Dieb hervorgebrachte Nichtanerkennung des gegen den 1. Dieb gerichteten Herausgabeanspruchs des Eigentümers nach § 985 BGB in rechtlicher Hinsicht diesen dinglichen Anspruch des Eigentümers nicht im Geringsten, sofern die gestohlene Sache weiter existiert.

Gegen die soeben referierte Kritik könnten die Befürworter der „Eigentums“-Position einwenden, dass beim „Diebesdiebstahl“ der weitere Diebstahl die Geltendmachung des gegen den 1. Dieb gerichteten Herausgabeanspruchs des Eigentümers aus § 985 BGB nicht im rechtlichen Sinne, sondern auf tatsächliche Weise vereitelt. Dieser Einwand ist aus den folgenden zwei Gründen nicht vertretbar. Einerseits richtet sich beim „Diebesdiebstahl“ der dingliche Herausgabeanspruch des Eigentümers gemäß § 985 BGB gerade nach dem weiteren Diebstahl nicht mehr gegen den 1. Dieb, sondern den 2. Dieb, also den gegenwärtigen Sachbesitzer. Demnach kann der nachfolgende Diebstahl dem ursprünglich gegen den 1. Dieb gerichteten Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 BGB in tatsächlicher Hinsicht nicht im Weg stehen, wenn der Anspruchsgegner, also der 1. Dieb, gerade nach dem weiteren Diebstahl rechtlich nicht mehr vorhanden ist. Andererseits führt beim „Diebesdiebstahl“ die anschließend entstehende Restitutionsmöglichkeit des Eigentümers gegen den 2. Dieb bei der — wenn man so daran festhalten wollte — Vereitelung der tatsächlichen Restitutionsmöglichkeit

³⁴³ Zum gegenwärtigen Besitzer als Anspruchsgegner des Herausgabeanspruchs in § 985 BGB vgl. nur MK-*Baldus*, BGB, 6. Aufl., § 985 Rdnr. 13, 25, 43 ff.; Bamberger/Roth-*Fritzsche*, BGB, 3. Aufl., § 985 Rdnr. 8.

des Eigentümers gegen den 1. Dieb nach den oben ausgeführten Überlegungen nicht unbedingt zur Verschlechterung bzw. Beeinträchtigung der tatsächlichen Restitutionschance des Eigentümers.

Nach der soeben ausgeführten Auseinandersetzung gelangt man zu folgendem Ergebnis: Im Falle des „Diebesdiebstahls“ führt die vom 2. Dieb veranlasste Nichtanerkennung des gegen den 1. Dieb gerichteten Herausgabeanspruchs des Eigentümers gemäß § 985 BGB aus rechtlicher und tatsächlicher Sicht keine Verletzung dieses Anspruchs des Eigentümers herbei.

bb) Nichtanerkennung des gegen den 2. Dieb gerichteten Herausgabeanspruchs des Eigentümers aus § 985 BGB

Die Befürworter der „Eigentums“-Position könnten weiter einwenden, dass beim „Diebesdiebstahl“ nicht der Herausgabeanspruch des Eigentümers nach § 985 BGB gegenüber dem 1. Dieb, sondern der gegenüber dem 2. Dieb durch den weiteren Diebstahl beeinträchtigt werde. Mithin könne im Falle des „Diebesdiebstahls“ die Nichtanerkennung des gegen den 2. Dieb gerichteten Herausgabeanspruchs des Eigentümers gemäß § 985 BGB als die weitere selbständige Rechtsgutsverletzung des § 242 StGB angenommen werden. Dennoch verdient dieser vermutliche Einwand der „Eigentums“-Position aufgrund der folgenden Überlegungen keine Zustimmung. Wie schon dargelegt, bleibt aus der rechtlichen Perspektive der gegen den 2. Dieb gerichtete Herausgabeanspruch des Eigentümers gemäß § 985 BGB ohne Rücksicht auf die vom 2. Dieb ausgedrückte Nichtanerkennung dieses Anspruchs bestehen. Demnach führt beim „Diebesdiebstahl“ die durch den weiteren Diebstahl verursachte Nichtanerkennung des gegen den 2. Dieb gerichteten Herausgabeanspruchs des Eigentümers nach § 985 BGB in rechtlicher Hinsicht keine Verletzung dieses Anspruchs des Eigentümers herbei.

Anschließend muss weiter untersucht werden, ob im Falle des „Diebesdiebstahls“ die vom 2. Dieb herbeigeführte Nichtanerkennung des gegen ihn gerichteten Herausgabeanspruchs des Eigentümers gemäß § 985 BGB zu einer Beeinträchtigung dieses Anspruchs im tatsächlichen Sinne führt. Aus der tatsächlichen Sicht kann der Eigentümer – ungeachtet der vom 2. Dieb ausgedrückten Verneinung dessen Herausgabeanspruchs gemäß § 985 BGB – jederzeit ohne Schwierigkeiten den Anspruch gegenüber dem 2. Dieb geltend machen. Mit anderen Worten steht beim „Diebesdiebstahl“ der nachfolgende Diebstahl der Möglichkeit der Geltendmachung des gegen den 2. Dieb gerichteten Herausgabeanspruchs des Eigentümers nach § 985 BGB nicht entgegen.

teten Herausgabeanspruchs des Eigentümers aus § 985 BGB in tatsächlicher Hinsicht nicht im Weg. Dass der 2. Dieb die gestohlene Sache weiterhin in Gewahrsam behält, führt demzufolge hauptsächlich dazu, dass der Herausgabeanspruch des Eigentümers gemäß § 985 BGB unter dem tatsächlichen Aspekt nicht zu erfüllen bzw. zu befriedigen ist. Dennoch stellt aus tatsächlicher Sicht die vom 2. Dieb herbeigeführte Nicht-Befriedigung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers beim „Diebesdiebstahl“ aus den folgenden Gründen keine strafrechtlich beachtliche Beeinträchtigung dieses Anspruchs dar.

Unter einem Anspruch im materiell-rechtlichen Sinne versteht man nach § 194 Abs. 1 BGB das Recht eines Einzelnen, von einem anderen ein Tun, etwa die Zahlung eines Geldbetrags, die Abgabe einer Erklärung, oder die Übergabe einer Sache, oder ein Unterlassen, beispielsweise das Unterlassen von unzumutbarem Lärm, zu verlangen. Demnach besteht beim „Diebesdiebstahl“ die dem Eigentümer zustehende Befugnis aus dem Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB nur darin, dass er vom 2. Dieb die Rückgabe der gestohlenen Sache fordern kann. Im Gegenzug ist der 2. Dieb berechtigt, diese Forderung nicht anzuerkennen bzw. die betroffenen Einwendungen dagegen zu erheben, z.B. die Einrede der Verjährung nach § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB oder die Einwendung aufgrund des Besitzrechts gemäß § 986 BGB gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers in § 985 BGB. Die im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Einwendungsrechte des Anspruchsgegners weisen deutlich darauf hin, dass es dem Anspruchsgegner zivilrechtlich zukommt, den gegen ihn gerichteten Anspruch des Gläubigers nicht anzuerkennen bzw. zu verweigern ungeachtet dessen, ob die vom Anspruchsgegner erhobene Einwendung sachlich begründet ist. Die Sachlichkeit oder die Mangelhaftigkeit einer Einwendung bezieht sich nur darauf, ob die Einwendung rechtlich und tatsächlich durchzusetzen ist.

Sofern die Erhebung der Einwendung des 2. Diebs gegen den Herausgabeanspruch des Eigentümers gemäß § 985 BGB ohne Rücksicht auf die Sachlichkeit der Einwendung die dem 2. Dieb zustehende (zivil-)rechtliche Befugnis erfolgt, können die Befürworter der „Eigentums“-Position nicht ohne stichhaltiges Argument behaupten, dass beim „Diebesdiebstahl“ die vom 2. Dieb ausgedrückte Nichtanerkennung bzw. Zurückweisung des auf ihn gerichteten Herausgabeanspruchs des Eigentümers in § 985 BGB aus der tatsächlichen Sicht längst die strafrechtlich bedeutsame Beeinträchtigungsqualität erreiche. Dementsprechend nimmt der Gesetzgeber nur im Ausnahmefall wie

etwa dem in § 288 StGB an, dass die Zurückweisung der Rückgabe der Sache eine strafrechtlich beachtliche Verletzung des zivilrechtlichen Anspruchs des Gläubigers veranlasst. Der Täter des § 288 StGB muss bei einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung mit der Absicht zur Vereitelung der Befriedigung des Gläubigers das unter Strafe gestellte Verhalten vornehmen, wie z.B. die Veräußerung oder das Verstecken der Sache. Die strafrechtliche Behandlung einer solchen zivilrechtlichen Beeinträchtigung ist in diesem Fall heranzuziehen, weil der Anspruch im maßgeblichen Zeitpunkt bereits sachlich zu begründen und damit durchzusetzen ist³⁴⁴ sowie weil das vom Schuldner mit der bestimmten Absicht vorgenommene bestimmte Verhalten den Anspruch des Gläubigers tatsächlich zum Scheitern bringen kann. Nur in einem solchen Fall muss der Gesetzgeber ausnahmsweise mit dem strafrechtlichen Mittel intervenieren, um die Möglichkeit der Erfüllung des zivilrechtlichen Anspruchs des Gläubigers zu gewährleisten. Mit anderen Worten löst unter normalen Umständen die vom Anspruchsgegner ausgedrückte reine Nichtanerkennung des zivilrechtlichen Anspruchs des Gläubigers keinen Anspruch auf strafrechtliche Intervention aus und die Nichtanerkennung des Schuldners stellt auf der Seite des Gläubigers keine strafrechtlich nennenswerte Verletzung oder Gefahr des Anspruchs dar.

d) Fazit

Nach der oben erwähnten Auseinandersetzung ist festzustellen, dass im Falle des „Diebesdiebstahls“ weder die Verschlechterung der tatsächlichen Restitutionsmöglichkeit des Eigentümers noch die Nichtanerkennung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers gemäß § 985 BGB — wie die Befürworter der „Eigentums“-Position behaupten — als die erneute Eigentumsverletzung im Sinne des § 242 StGB zu begreifen sind. Um diese Problematik beim „Diebesdiebstahl“ weiter mit § 242 StGB zu bewältigen, könnten die Befürworter der „Eigentums“-Position behaupten, dass die vom 2. Dieb ausgedrückte Nichtanerkennung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers aus § 985 BGB als weitere selbständige Rechtsgutsverletzung des § 242 StGB neben der Eigentumsverletzung anzusehen sei. Dennoch ist diese Fortentwicklung der „Eigentums“-Position nicht annehmbar, weil in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht die vom 2. Dieb veranlasste Nichtanerkennung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers unter normalen Umständen keine strafrechtlich relevante Beeinträchtigung des Herausgabeanspruchs darstellt.

³⁴⁴ Vgl. nur *Wessels/Hillenkamp*, BT 2 Rdnr. 446.

Demnach ist beim „Diebesdiebstahl“ die reine Gewahrsamsentziehung nicht — wie Befürworter der „Eigentums“-Position behaupten — als spezifische Angriffsart des Eigentums im Sinne des § 242 StGB zu verstehen. Mit anderen Worten ist im Falle des „Diebesdiebstahls“ die im Rahmen der „Eigentums“-Position beharrte alleinige Rechtsgutseigenschaft des Eigentums in § 242 StGB nicht anhand der vorstehenden Argumente, also der Verschlechterung der tatsächlichen Restitutionsmöglichkeit oder der Nichtanerkennung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers aus § 985 BGB, zu rechtfertigen.

3. Beeinträchtigung des vom Gesetz konstituierten Herrschaftsbereichs des Eigentümers als die erneute Eigentumsverletzung des § 242 StGB beim „Diebesdiebstahl“?

a) Meinungsstand

Zur Begründung der erneuten Eigentumsverletzung durch den weiteren Diebstahl im Falle des „Diebesdiebstahls“, bringt *Maiwald*, ein Anhänger der „Eigentums“-Position, die folgenden nennenswerten Argumente vor. Nach der Ansicht *Maiwalds* sei der reine Gewahrsamsbruch durch den Diebstahl in folgenden Fällen zu differenzieren, also der Bruch des vom Eigentümer abgeleiteten Gewahrsams einerseits und der Bruch der nicht auf dem Willen des Eigentümers begründeten unrechtmäßigen³⁴⁵ sowie rechtmäßigen³⁴⁶ Sachherrschaft andererseits.³⁴⁷ Im ersten Fall³⁴⁸, in dem beispielsweise der Eigentümer dem Dritten die Sache geliehen und der Täter vom Dritten die Sache entwendet hat, sei der Gewahrsam des Dritten aufgrund des Willens des Eigentümers grundsätzlich als dessen vergeistigter Herrschaftsbereich zu verstehen.³⁴⁹ Das Eindringen in diesen Gewahrsamsbereich stelle den Bruch des vergeistigten Herrschaftsbereichs des Eigentümers dar. Der Gewahrsamsbruch gegen einen solchen Gewahrsamsinhaber beeinträchtige daher auch den Eigentümerwillen und dieser Gewahrsamsentzug lasse sich als eine spezifische Angriffsweise gegen den Eigentümer verstehen.³⁵⁰

³⁴⁵ Beispielsweise hat der Dieb A die Sache dem Eigentümer gestohlen. Der Dieb B entwendet die Sache von A wieder. Vgl. *Maiwald*, Zueignungsbegriff, S. 206 ff.

³⁴⁶ Die Beziehung zwischen Sachfinder und Eigentümer sei der Fall. Vgl. *Maiwald*, Zueignungsbegriff, S. 206.

³⁴⁷ *Maiwald*, Zueignungsbegriff, S. 206 ff.

³⁴⁸ *Maiwald*, Zueignungsbegriff, S. 206.

³⁴⁹ Dazu und zum Folgenden vgl. *Maiwald*, Zueignungsbegriff, S. 206.

³⁵⁰ Ähnlich *Roth*, Eigentumsschutz, S. 80 (*Roth* ist aber der Auffassung, dass Eigentum und Gewahrsam die Schutzgüter des § 242 StGB darstellen. Vgl. *ders.*, aaO, S. 26). Im Ergebnis ebenso *Bommer*, Grenzen, S. 264 f.; *Ecker*, Schutz, S. 49 f. und S. 49 Fn. 1. Die Behauptung *Bommers* (vgl. *ders.*, aaO, S. 263 ff.) sei durch das Zusammenwirken der Tatbestandsmerkmale des § 242 StGB „Fremdheit“ und „Wegnahme“ zu begründen. Daraus ergibt

Im zweiten Fall, in dem keine Willensbeziehung zwischen Gewahrsamsinhaber und Eigentümer besteht, sei der Eigentümerwille durch den Willen der Rechtsordnung zu ersetzen und daher breche der Dieb in diesem Fall das vom Gesetz für den Eigentümer konstituierte Beherrschungsverhältnis.³⁵¹ Das durch den Rechtswillen fiktiv konstituierte Eigentümer-Besitzer-Verhältnis sei im bürgerlichen Gesetz geregelt. Der Gewahrsamsinhaber, dessen Gewahrsam nicht auf dem Eigentümerwillen beruht, müsse etwa gemäß § 985 BGB die Sache an den Eigentümer herausgeben oder gemäß § 992 BGB i.V.m. § 848 BGB die Sache sorgfältig im Eigentümerinteresse aufbewahren. Daher laute der Rechtswille: „jeder Nichteigentümer *so//* für den Eigentümer besitzen.“³⁵² Demnach ziehe der 2. Dieb beim „Diebesdiebstahl“ die Strafe gemäß § 242 StGB nach sich, nicht weil er das Gewahrsamsverhältnis des 1. Diebs verletze, sondern weil er den Rechtswillen vernachlässige und in den vom Gesetz für den Eigentümer konstituierten Herrschaftsbereich eindringe. Mit anderen Worten führe die vom Täter kundgetane Missachtung des Rechtswillens zur Verletzung der vom Gesetz gewollten Herrschaftsbeziehung. Der Ansicht *Maiwalds* zufolge sei nach dem Unwertcharakter die Verletzung der vom Gesetz gewollten Herrschaftsbeziehung mit der Beeinträchtigung des vergeistigten Herrschaftsbereichs des Eigentümers, also mit der Entziehung des unmittelbar vom Eigentümer abgeleiteten Gewahrsams, gleichzustellen.

b) Kritik im Schrifttum und die eigene Auffassung

Eine Kritik³⁵³ gegen die soeben erwähnte Auffassung geht davon aus, dass kein reales Herrschaftsband zwischen dem Eigentümer und der im unrechtmäßigen Gewahrsam befindlichen Sache vorliege.³⁵⁴ Mit anderen Worten ist gegen die Ansicht *Maiwalds* einzuwenden, dass der Eigentümer im vergeis-

sich, dass nur die dem Eigentümerwillen entsprechenden Gewahrsamsinteressen beim Diebstahl von Bedeutung und brechbar seien. Im Vergleich dazu sei nach der Ansicht *Eckers* beim Bruch des rechtmäßigen Gewahrsams nur das Eigentum zu beeinträchtigen, weil durch den Diebstahl ein Bestandteil, also die Sache, aus dem Eigentum dauernd herausgerissen werde. Vgl. *ders.*, aaO, S. 49 ff. und S. 49 Fn. 1.

³⁵¹ Dazu und zum Folgenden vgl. *Maiwald*, Zueignungsbegriff, S. 206 ff.

³⁵² *Maiwald*, Zueignungsbegriff, S. 207. (Hervorhebung im Original)

³⁵³ *Roth*, Eigentumsschutz, S. 80 ff.; *Bommer*, Grenzen, S. 248 f. Im Ergebnis ähnlich *Ecker*, Schutz, S. 50. Nach der Meinung *Eckers* erstreckte sich die Eigentümersphäre nicht mehr über die verlorengegangene Sache, wenn die Sache bereits gestohlen und das Eigentum dadurch beschädigt wurde. Die in § 242 StGB vorausgesetzte Zueignungsabsicht könne in diesem Fall nicht mehr eintreten, weil die Sache dem Eigentümer bereits durch den ersten Diebstahl zu enteignen und keine erneute Enteignung durch den weiteren Diebstahl zu verwirklichen sei (ähnlich *Eckstein*, GS 80 (1913), S. 283). Damit solle der Dieb, der die Beute einem anderen Dieb wegnimmt, keine Strafe aus § 242 StGB, sondern diejenige aus § 259 StGB nach sich ziehen. Vgl. dazu *ders.*, aaO, S. 50 Fn. 3.

³⁵⁴ Zu den weiteren Kritikpunkten vgl. *Bommer*, Grenzen, S. 249; *Roth*, Eigentumsschutz, S. 82 Fn. 9.

tigten und im vom Gesetz konstituierten Herrschaftsbereich³⁵⁵ oder jedenfalls im letzten Falle³⁵⁶ das Rechtsgut „Eigentum“ im Sinne des § 242 StGB, also die faktische Ausübungsmöglichkeit des Eigentumsrechts, ganz verloren habe und daher beim Eindringen in diesen Herrschaftsbereich der Eigentümer durch den Diebstahl keine erneute Eigentumsverletzung erleiden könne. Gleichwohl aber schlägt diese Kritik gegen die Ansicht *Maiwalds* fehl, weil gerade zur Zurückweisung dieses Kritikpunkts *Maiwald* die Herrschaftsbeziehung zwischen dem Eigentümer und der im unrechtmäßigen Gewahrsam befindlichen Sache durch den Rechtswillen fingiert.

Dennoch ist der Begründungsmangel der Auffassung *Maiwalds* vielmehr ersichtlicher, wenn nach seiner Auffassung der Eigentümer in dem vom Gesetz fiktiv konstituierten Herrschaftsbereich die faktische Ausübungsmöglichkeit des Eigentumsrechts weiter behalten könne. Der Ansicht *Maiwalds* zufolge breche der Dieb in dem Falle, in dem keine Willensbeziehung zwischen Gewahrsamsinhaber und Eigentümer bestehe und der Eigentümerwille durch den Willen der Rechtsordnung ersetzt werde, das vom Gesetz für den Eigentümer konstituierte Beherrschungsverhältnis. Demnach richtet sich die erneute Eigentumsverletzung durch den Bruch dieses Herrschaftsbereichs nicht mehr gegen den Eigentümerwillen, sondern gegen den Willen der Rechtsordnung. Der Schutz des vom Gesetz für den Eigentümer konstituierten Beherrschungsverhältnisses bringt daher die Gewährleistung des allgemeinen Willens der Rechtsordnung zum Ausdruck.³⁵⁷ Demzufolge verwandelt sich die Eigentumsverletzung in diesem Fall von der Verletzung des Individualrechtsguts in die Beeinträchtigung des allgemeinen Willens der Rechtsordnung, d.h. die Störung der Allgemeinheit. Die Behauptung *Maiwalds* verstößt insoweit gegen die herrschende Meinung, wonach der Diebstahl ein Eigentumsdelikt sei und dessen Schutzgut als Individualrechtsgut charakterisiert werden solle.

Nach dem soeben Erwähnten sind der Ansicht *Maiwalds* zufolge, die Wesen des Schutzgutes in § 242 StGB in zwei Fällen zu unterscheiden. In dem Fall, in dem der Gewahrsam des Eigentümers selbst oder der vom Eigentümer abgeleitete Gewahrsam durch den Diebstahl gebrochen wird, liegt die Eigentumsverletzung, also die Verletzung des Individualrechtsguts, vor. Im Vergleich dazu besteht beim Bruch des nicht auf den Eigentümerwillen, sondern auf den Rechtswillen begründeten Gewahrsams die Beeinträchtigung der allgemeinen Rechtsordnung, d.h. die Verletzung des Kollektivrechtsguts. Infolgedessen ist

³⁵⁵ Im Ergebnis ebenso *Hirschberg*, Vermögensbegriff, S. 329 und Fn. 52.

³⁵⁶ Ähnlich *Otto*, Struktur, S. 90 ff., 142.

³⁵⁷ Vgl. auch *Maiwald*, Zueignungsbegriff, S. 207 Fn. 17.

nach der Auffassung *Maiwalds* die Eigenschaft des § 242 StGB nicht mehr in eine bestimmte Schutzguts-kategorie, also entweder in die Kategorie des Individualrechtsguts oder in die des Kollektivrechtsguts, einzuordnen. Die klassifikatorische Funktion der Rechtsgutstheorie ist mithin bei § 242 StGB nicht mehr vorhanden.

4. Zwischenergebnisse

Nach den in diesem Abschnitt (III.) dargestellten Auseinandersetzungen wird zuerst festgelegt, dass der Bruch des rechtswidrigen Gewahrsams beim „Diebesdiebstahl“ keine weitere Eigentumsverletzung im Sinne des § 242 StGB herbeiführt. Zur Bewältigung des heiklen Problems „die Bestrafung des „Diebesdiebstahls“ nach § 242 StGB“ verdienen die weiteren Vorschläge innerhalb der „Eigentums“-Position, wonach die Aufrechterhaltung des Sachverlustes des Eigentümers, die Nichtanerkennung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers aus § 985 BGB und die Beeinträchtigung des vom Gesetz konstituierten Herrschaftsbereichs des Eigentümers als eine Art von Eigentumsverletzung oder die weitere selbständige Rechtsgutsverletzung im Rahmen des § 242 StGB anzusehen seien, angesichts ihrer fehlenden Begründungskraft auch keine Zustimmung. Demnach wird nach einer Ansicht innerhalb der „Eigentums“-Position behauptet, dass aufgrund einer teleologischen Reduktion der „Diebesdiebstahl“ aus dem Schutzbereich des § 242 StGB auszunehmen und zur Schließung der Strafbarkeitslücke der „Diebesdiebstahl“ durch die anderen strafrechtlichen Regeln, z.B. § 246 StGB, zu bestrafen sei. Der Darstellung dieses Lösungsversuchs und der diesbezüglichen Diskussion ist der folgende Abschnitt gewidmet.

IV. Bestrafung des „Diebesdiebstahls“ nach § 246 StGB?

Nach einer Ansicht innerhalb der „Eigentums“-Position sei die Wegnahme des vom Gewahrsamsinhaber unrechtmässig erworbenen Gegenstands im Falle des „Diebesdiebstahls“ nicht als Diebstahl, sondern als Unterschlagung gegen den Eigentümer zu behandeln.³⁵⁸ Diese Behauptung begründe sich durch das Zusammenwirken der Tatbestandsmerkmale des § 242 StGB „Fremdheit“ und

³⁵⁸ Dazu und zum Folgenden vgl. *Bommer*, Grenzen, S. 263 ff. Die Unterschlagung in § 246 StGB ist in Art. 137 des schweizerischen Strafgesetzbuchs als „unrechtmässige Aneignung“ geregelt. Art. 137 des schweizerischen Strafgesetzbuchs lautet: „1. Wer sich eine fremde bewegliche Sache aneignet, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern, wird, wenn nicht die besonderen Voraussetzungen der Artikel 138–140 zutreffen, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft...“. Art. 139 des schweizerischen Strafgesetzbuchs (Diebstahl) lautet: „1. Wer jemandem eine fremde bewegliche Sache zur Aneignung wegnimmt, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft...“.

„Wegnahme“. Daraus ergibt sich, dass nur die dem Eigentümerwillen entsprechenden Gewahrsamsinteressen beim Diebstahl von Bedeutung und brechbar seien. Der unrechtmäßige Gewahrsam, also der nicht aus dem Eigentümerwillen abgeleitete Gewahrsam, lasse sich durch den (weiteren) Diebstahl nicht beeinträchtigen. Aus diesem Grund und aufgrund der Wiederholbarkeit der Zueignung³⁵⁹ begehe der Folgetäter, der beispielsweise dem Dieb die gestohlene Sache wieder wegnehme, die Unterschlagung.³⁶⁰

Die soeben referierte Auffassung erweckt die folgenden Bedenken: Zuerst führt die Unbrechbarkeit des unrechtmäßigen Gewahrsams beim Diebstahl dazu, dass der unrechtmäßige Gewahrsam kein tatsächliches Herrschaftsverhältnis im üblichen Sinne des § 242 StGB, sondern einen normativen Herrschaftsbegriff darstellt. Demnach ist nach dieser Auffassung der Gewahrsamsbruch beim Diebstahl anders als die Gewahrsamsbegründung auszulegen, wonach der Täter durch den Diebstahl das eigene Herrschaftsverhältnis auf alle Fälle aus der tatsächlichen Sicht herstellen könne.³⁶¹ Anschließend stellt sich die Frage, ob nach der soeben ausgeführten Auffassung der Eigentümer bei der Wegnahme der im unrechtmäßigen Gewahrsam befindlichen Sache die (erneute) Eigentumsverletzung erleiden und daher die Tat die Strafe gemäß § 246 StGB nach sich ziehen kann.

Nach der herrschenden Meinung ist das Schutzgut des § 246 StGB das Eigentum und zwar grundsätzlich die faktische Ausübungsmöglichkeit des Eigentumsrechts oder gegebenenfalls die sachenrechtliche Position als Eigentümer.³⁶² Die Eigentumsverletzung innerhalb obiger Auffassung stellt in der Regel noch die Verletzung der faktischen Ausübungsmöglichkeit des Eigentumsrechts dar. Die Wegnahmehandlung des Folgetäters, die nach dieser Auffassung als Unterschlagungstat zu verstehen sei, kann aber — wie soeben erwähnt — keine weitere bzw. erneute Eigentumsverletzung herbeiführen, weil dem Eigentümer die faktische Ausübungsmöglichkeit des Eigentumsrechts bereits nach dem ersten Diebstahl verloren gegangen ist. Demnach zieht die Wegnahme einer im rechtswidrigen Gewahrsam eines anderen befindlichen Sache keine Strafe gemäß § 246 StGB nach sich. Nach dem soeben Darge-

³⁵⁹ *Bommer*, Grenzen, S. 266 ff. Die Definition der „Zueignung“ im deutschen Strafrecht und die der „Aneignung“ im schweizerischen Strafrecht sind identisch. Vgl. *Bommer*, Grenzen, Fn. 1271.

³⁶⁰ *Bommer*, Grenzen, S. 265.

³⁶¹ *Bommer*, Grenzen, S. 264 f.

³⁶² Der Sacheigentümer kann aufgrund des gutgläubigen Erwerbs des Dritten nach § 935 Abs. 1 BGB die sachenrechtliche Position als Eigentümer verlieren, wenn beispielsweise die Sache, die durch die Unterschlagung entzogen wurde, an eine gutgläubige Dritte verkauft wird. Vgl. nur NK-*Kindhäuser*, § 246 Rdnr. 2; MK-*Hohmann*, § 246 Rdnr. 1.

stellten ist der obigen Auffassung, wonach die Wegnahme des unrechtmäßig erworbenen Gegenstands als Unterschlagung gegen den Eigentümer zu begreifen sei, nicht zuzustimmen.

V. Zusammenfassung

Im Vergleich zur herrschenden Meinung, also der „Gewahrsams- und Eigentums“-Position, verneinen die Befürworter der „Eigentums“-Position die Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams und behaupten, dass das Eigentum das alleinige Schutzgut des § 242 StGB sei und im Falle des „Diebesdiebstahls“ der Eigentümer wieder verletzt werde. Das von Vertretern der „Eigentums“-Position angestrebte Ziel geht dahin, dass das Eigentum – das in Art. 14 Abs. 1 GG geregelte Grundrecht – als der normative Grund für die Bestrafung des „Diebesdiebstahls“ nach § 242 StGB zu sehen sei und mithin § 242 StGB, der nach dieser Ansicht ausschließlich das Eigentumsrecht gewährleistet, im Einklang mit der überwiegenden Auffassung als Delikt gegen das Individualrechtsgut einzuordnen sei.

Um die weitere Eigentumsverletzung beim „Diebesdiebstahl“ verständlich zu machen, bringen die Anhänger der „Eigentums“-Position unterschiedliche Argumente vor. Bei dem im Abschnitt C. III. 1. dargelegten Argument, wonach beim „Diebesdiebstahl“ die faktische Steigerung der Verlustwirkung des Eigentümers als die erneute Eigentumsverletzung in § 242 StGB zu verstehen sei, ist der charakteristische Zug des „Diebesdiebstahls“ zu vernachlässigen. Im Falle des „Diebesdiebstahls“ stellt der Gewahrsam des 1. Diebs an der gestohlenen Sache das völlig von der rechtlichen Zuständigkeit des Eigentumsrechts entkoppelte Gewahrsamsverhältnis dar. Demnach ist der Entzug des Gewahrsams des 1. Diebs durch den weiteren Diebstahl nicht wieder durch die (das Eigentum betreffende) vertiefte Verlustwirkung des Eigentümers gekennzeichnet. Den im Abschnitt C. III. 2. referierten Argumenten ist es nicht gelungen, in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht die strafrechtlich auffällige Beeinträchtigung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers in § 985 BGB zu verdeutlichen. Schließlich (C. III. 3.) erkennt *Maiwald* beim „Diebesdiebstahl“ die erneute Eigentumsverletzung gemäß § 242 StGB in der Beeinträchtigung des vom Gesetz konstituierten Herrschaftsbereichs des Eigentümers. Der Schutz des vom Gesetz für den Eigentümer konstituierten Beherrschungsverhältnisses stellt aber die Gewährleistung des allgemeinen Willens der Rechtsordnung dar. Demnach verwandelt sich die Eigentumsverletzung in diesem Fall von der Verletzung des Individualrechtsguts in die Beeinträchtigung des allgemeinen Willens der Rechtsordnung, d.h. die Störung der Allgemeinheit. In-

folgedessen ist nach der Ansicht *Maiwalds* die Eigenschaft des § 242 StGB nicht mehr in eine bestimmte Schutzgutskategorie, also entweder in die Kategorie des Individualrechtsguts oder in welche des Kollektivrechtsguts, einzuordnen. Die klassifikatorische Funktion der Rechtsgutstheorie ist mithin bei § 242 StGB nicht mehr vorhanden.

Aufgrund der soeben ausgeführten jeweiligen Begründungsfehler scheitert das Ziel der Befürworter der „Eigentums“-Position, die Entziehung des rechtswidrigen Gewahrsams im Falle des „Diebesdiebstahls“ angesichts der weiteren Eigentumsverletzung nach § 242 StGB zu bestrafen. Wenn die „Eigentums“-Position den Diebstahl als Eigentumsdelikt einordnet und den Entzug des rechtswidrigen Gewahrsams beim „Diebesdiebstahl“ immer an den Eigentumsangriff knüpft, richtet sich § 242 StGB jedenfalls im Falle des „Diebesdiebstahls“ nicht mehr gegen die tatsächlich verursachte Eigentumsverletzung, sondern gegen die gegebenenfalls eintretende Eigentumsverletzung, also die Möglichkeit der Eigentumsverletzung. Es ist dem 2. Dieb nämlich gleichgültig, ob der 1. Dieb der Eigentümer der gestohlenen Sache ist. Demnach beruft sich die Bestrafung des „Diebesdiebstahls“ gemäß § 242 StGB nach der „Eigentums“-Position auf die allgemeine Gefährlichkeit des Täters für das Eigentum.³⁶³ Daraus ergibt sich, dass § 242 StGB bei der Entziehung des Eigentümergewahrsams oder des rechtmäßigen Gewahrsams — sofern nach der Übergabe der Sache der Eigentümer gegenüber dem rechtmäßigen Gewahrsamsinhaber die faktische Ausübungsmöglichkeit des Eigentumsrechts behält — aufgrund der Eigentumsverletzung als Verletzungsdelikt und beim Bruch des Diebesgewahrsams hingegen als Gefährdungsdelikt zu charakterisieren ist. Die klassifikatorische Funktion der Einteilung in Verletzungs- und Gefährdungsdelikte liegt mithin bei § 242 StGB nicht mehr vor.

Der eben dargestellten Problematik zufolge scheint das Eigentum nicht das alleinige durch § 242 StGB gegen Diebstahl geschützte Rechtsgut zu sein, wenn der „Diebesdiebstahl“ nach § 242 StGB bestraft bleiben soll. Ansonsten ist innerhalb der „Eigentums“-Position aufgrund der teleologischen Reduktion der „Diebesdiebstahl“ aus § 242 StGB auszunehmen. Der Lösungsversuch innerhalb der „Eigentums“-Position zur Schließung dieser Strafbarkeitslücke, also die Bestrafung des „Diebesdiebstahls“ gemäß § 246 StGB, ist nicht zu befürworten, weil das Schutzgut des § 246 StGB in der Regel dem des § 242 StGB „Eigentum“ entspricht. In Anbetracht des oben referierten fehlenden Zusammenhangs zwischen dem Diebesgewahrsam und dem Eigentum ist nicht

³⁶³ Im Ergebnis ähnlich *Jakobs*, Geilen-Symposium, S. 74.

annehmbar, die Bestrafung des Folgetäters im Falle des „Diebesdiebstahls“ gemäß § 246 StGB weiterhin durch die wiederholte Eigentumsverletzung zu begründen.

Mit der oben skizzierten Argumentation und Kritik der „Eigentums“-Position kommt man sodann zu dem Ergebnis: Wenn der „Diebesdiebstahl“ nach § 242 StGB bestraft bleiben soll, steht fest, dass das Eigentum nicht als das alleinige Schutzgut des § 242 StGB anzusehen ist.³⁶⁴ Um mit dem „Diebesdiebstahl“ gemäß § 242 StGB umzugehen, muss man nicht mehr auf den Eigentümer und die sog. durch den weiteren Diebstahl verursachte Eigentumsverletzung, sondern wiederum auf den 1. Dieb abstellen. Darüber hinaus muss die eben referierte Grundfrage überzeugend beantwortet werden: Welches dem 1. Dieb zustehende normative persönliche Recht, das notwendig über § 242 StGB zu schützen ist, wird durch den Entzug des Diebesgewahrsams beim „Diebesdiebstahl“ verletzt? Diesbezüglichen Diskussionen ist der Abschnitt E gewidmet.

³⁶⁴ In den passenden Fußnoten dieses Abschnitts (C.) ist gekennzeichnet, dass im Falle des „Diebesdiebstahls“ der Zusammenhang zwischen dem Bruch des unrechtmäßigen Gewahrsams und der (erneuten) Eigentumsverletzung auch von Vertretern der herrschenden Meinung, wonach die Schutzgüter des § 242 StGB Gewahrsam und Eigentum seien, ganz oder teilweise anerkannt wird. Die weitere Behauptung innerhalb der herrschenden Meinung, wonach beim Diebstahl das Eigentum nicht durch die äußerliche Wegnahmehandlung, die sich nur gegen den Gewahrsamsinhaber richte, sondern lediglich durch die Zueignungsabsicht des Täters verletzt werde (Vgl. *Welzel*, Strafrecht, S. 347; ähnlich *SK-Hoyer*, § 242 Rdnr. 2. Dazu krit. aber unzutreffend *Otto*, Struktur, S. 93.), verstößt bei der Eigentumsverletzung gegen das im geltenden deutschen Strafrecht anerkannten Tatprinzip (Vgl. nur *Roxin*, AT 1, § 6 Rdnr. 1 ff.) und verdient daher keine Zustimmung.

D. Die Diskussion über die Schutzwürdigkeit des (unrechtmäßigen) Gewahrsams innerhalb der Meinung „Gewahrsam als das alleinige Schutzgut des § 242 StGB“

I. Gewahrsam im wirtschaftlichen Sinne als das alleinige gegen Diebstahl geschützte Rechtsgut

1. Meinungsstand

Nach der früheren Auffassung (Abkürzung: „Gewahrsams“-Position) richtet sich der Diebstahl unmittelbar lediglich gegen den Gewahrsam³⁶⁵ oder den Gewahrsam im wirtschaftlichen Sinne³⁶⁶. Der gemäß § 242 StGB geschützte Gewahrsam im wirtschaftlichen Sinne sei als das wirtschaftliche Vermögen des Gewahrsamsinhabers zu betrachten.³⁶⁷ Die Definitionen des wirtschaftlichen Vermögens innerhalb der „Gewahrsams“-Position unterscheiden sich nur in einer Kleinigkeit. Einerseits bedeute das wirtschaftliche Vermögen die Summe aller geldwerten Güter³⁶⁸ und an ganz wertlosen Sachen werde damit kein Diebstahl begangen.³⁶⁹ Andererseits sei das wirtschaftliche Vermögen als die Nutzungsmöglichkeit einer Sache ohne Rücksicht auf ihren Wertcharakter zu bezeichnen.³⁷⁰ Eine Sache, die nicht nutzbar ist, stelle daher kein taugliches Handlungsobjekt des Diebstahls dar.³⁷¹ Dass nur der Gewahrsam als das zu schützende Rechtsgut im Sinne des § 242 StGB in Betracht komme, hat die praktische Bedeutung zur Folge, dass allein der Gewahrsamsinhaber der Verletzte im Sinne der §§ 77 Abs. 1, 247, 248a StGB und strafantragsberechtigt ist.

Der Gewahrsams-Lehre zufolge wird die alleinige Rechtsgutseigenschaft des Gewahrsams in § 242 StGB auf die folgenden Gründe zurückgeführt. Erstens liege bei der Entwendung der verschiedenen Eigentumsobjekte, die sich in demselben Gewahrsam befinden, nur ein Diebstahl vor,³⁷² weil nur ein Gewahrsam zu verletzen sei.³⁷³ Falls das Eigentum auch ein Schutzgut des § 242 StGB sei, sollen in diesem Fall viele Diebstähle aufgrund der Mehrzahl

³⁶⁵ Nach der Meinung *Buschs* gehört der Diebstahl zu den Delikten der Anmaßung des fremden Besitzstands. Vgl. *Busch*, ZStW 56 (1937), S. 706 f.

³⁶⁶ *Brauweiler*, Vermögensbegriff, S. 192 ff., 196; *Lauterburg*, ZStrR 6 (1893), S. 173 f. Ähnlich *Doerr*, Objekt, S. 151 ff.

³⁶⁷ *Brauweiler*, Vermögensbegriff, S. 192 ff., 196; *Doerr*, Objekt, S. 152, 154.

³⁶⁸ *Doerr*, Objekt, S. 19.

³⁶⁹ *Doerr*, Objekt, S. 152.

³⁷⁰ *Brauweiler*, Vermögensbegriff, S. 189, 193.

³⁷¹ *Brauweiler*, Vermögensbegriff, S. 193.

³⁷² Vgl. nur *MK-Schmitz*, § 242 Rdnr. 183.

³⁷³ Dazu und zum Folgenden vgl. *Brauweiler*, Vermögensbegriff, S. 194.

der verletzten Eigentumsrechte bestraft werden. Zweitens sei die Eigentumsverletzung bei der Entwendung einer durch Diebstahl erlangten Sache nach der Auffassung, dass § 242 StGB das Eigentum schützen solle, nicht überzeugend darzustellen. Schließlich solle im Gegensatz zur gegenwärtig überwiegenden Auffassung³⁷⁴ der Diebstahl bei der Zustimmung des Gewahrsamsinhabers zur Wegnahme nicht ausgeschlossen werden und bei der Einwilligung des Eigentümers in die Wegnahme nicht vorliegen, falls § 242 StGB durch die Eigentumsverletzung zu charakterisieren sei.

Darüber hinaus ergibt sich nach der „Gewahrsams“-Position aus dem Willen und der Vorstellung des Diebs, dass der Gewahrsam an einer Sache den wirtschaftlichen Wert haben müsse.³⁷⁵ Denn unter normalen Umständen kann der Dieb das Eigentumsrecht an der gestohlenen Sache nicht erlangen. Der Täter wolle vielmehr das wirtschaftliche Vermögen in seinem Dispositionskreis durch die Entwendung der Sache tatsächlich vermehren und das wirtschaftliche Vermögen des Bestohlenen dadurch dauerhaft beschädigen. Demnach richte sich die rechtswidrige Zueignungsabsicht des Täters nicht gegen das formale fremde Eigentumsrecht, sondern immer gegen den fremden Gewahrsam im wirtschaftlichen Sinne. Da die Zueignungsabsicht des Diebs stets die Vermehrung dessen wirtschaftlichen Vermögens zum Ausdruck bringe, ist der Diebstahl nach der „Gewahrsams“-Position nicht mehr als Eigentumsdelikt, sondern als Vermögensdelikt zu begreifen.

Nach dem soeben Erwähnten begründet sich die Bestrafung des Diebstahls lediglich durch die Beeinträchtigung des Gewahrsams im wirtschaftlichen Sinne. Anders ausgedrückt sei nach der „Gewahrsams“-Position die tatsächliche Sachherrschaft im wirtschaftlichen Sinne ohne Rücksicht auf deren rechtliche Grundlage als Schutzgut³⁷⁶ des § 242 StGB zu verstehen.³⁷⁷ Demnach sei der unrechtmäßige bzw. rechtswidrige Gewahrsamsinhaber, z.B. der Dieb oder der andere an der Sache Unberechtigte, zu bestehlen und der „Diebesdiebstahls“ könne die Strafe gemäß § 242 StGB nach sich ziehen.³⁷⁸

2. Die Bedeutung der „Fremdheit“ im Sinne des § 242 StGB

Nach der herrschenden Auffassung ist die Rechtsgutseigenschaft des Eigentums durch das Tatbestandsmerkmal des § 242 StGB „Fremdheit der Sache“

³⁷⁴ Vgl. nur Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rdnr. 41, 59; MK-Schmitz, § 242 Rdnr. 82.

³⁷⁵ Dazu und zum Folgenden vgl. Doerr, Objekt, S. 152, 154; Lauterburg, ZStrR 6 (1893), S. 173 f.

³⁷⁶ Zum Rechtsgutsbegriff Doerrs vgl. ders., Objekt, S. 12 f.

³⁷⁷ Brauweiler, Vermögensbegriff, S. 196; Doerr, Objekt, S. 155.

³⁷⁸ Doerr, Objekt, S. 155 f.

zu begründen. Es liegt nahe, dass die Vertreter der „Gewahrsams“-Position den Bedeutungsgehalt der Fremdheit des § 242 StGB umformulieren müssen. Sie behaupten, dass sich aus der Fremdheit der Sache im Sinne des § 242 StGB nur die negative Funktion des Eigentumsrechts ergebe.³⁷⁹ Mit anderen Worten drücke die Fremdheit der Sache in § 242 StGB lediglich aus, dass die Sache „nicht“ zum Eigentum des Täters gehöre.³⁸⁰ Es sei verfehlt, dieses Tatbestandsmerkmal positiv als „fremdes Eigentum“ auszulegen, weil der Verletzte nicht immer identisch mit dem Eigentümer, sondern in vielen Fällen der bloße Gewahrsamsinhaber der Bestohlene sei. Demnach solle der Gewahrsam an einer herrenlosen Sache auch durch § 242 StGB geschützt werden. Zusammengefasst setze das taugliche Handlungsobjekt des Diebstahls nach der „Gewahrsams“-Position nicht voraus, dass sich die bewegliche Sache im fremden Eigentum befinde, sondern, dass sie nicht zum Eigentum des Täters zähle.

3. Zwischenergebnisse

Nach der „Gewahrsams“-Position verwandle sich der Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB in das wirtschaftliche Vermögen des Einzelnen. Nach dieser Ansicht sei der Gewahrsam im wirtschaftlichen Sinne als das alleinige Schutzgut des § 242 StGB sowie der anderen Eigentumsdelikte, z.B. Raub, zu betrachten. Die in der gegenwärtigen überwiegenden Meinung hervorgehobene Differenz zwischen Eigentumsdelikten und Vermögensdelikten³⁸¹ sei mithin abzuschaffen, denn die Eigentumsdelikte gehören den Vermögensdelikten an.³⁸² Das Endziel der Vertreter der „Gewahrsams“-Position liegt darin, für alle Vermögensdelikte den gemeinsamen Rechtsgutsbegriff sowie das einheitliche Bewertungskriterium des Vermögens, also den wirtschaftlichen Maßstab, zu verschaffen.

Im Schrifttum ist die „Gewahrsams“-Position viel Kritik ausgesetzt. Erstens ist nicht sachlich begründet, dass der Zweck oder die Absicht des Diebs auf den Gewahrsam des Opfers im wirtschaftlichen Sinne abzustellen sei.³⁸³ Zweitens ist es unklar, aus welchem Grund sich die „Fremdheit“ der Sache im Sinne des § 242 StGB nach der „Gewahrsams“-Position noch teilweise auf die Funktion

³⁷⁹ Dazu und zum Folgenden siehe *Brauweiler*, Vermögensbegriff, S. 195 ff.; *Lauterburg*, ZStrR 6 (1893), S. 175.

³⁸⁰ Zu dieser Auslegung der Fremdheit in § 242 StGB vgl. auch *Otto*, Struktur, S. 143 ff. m. w. N., 149 f.

³⁸¹ Vgl. nur *Wessels/Beulke*, BT 2, Rdnr. 1 ff.

³⁸² Dazu und zum Folgenden siehe *Brauweiler*, Vermögensbegriff, S. 192 ff.; *Doerr*, Objekt, S. 151 ff.

³⁸³ Dazu krit. *Prühß*, Schutzobjekt, S. 57 ff.

des Eigentumsrechts, also dessen negative Funktion, beziehe. Zum umfassenden Gewahrsamsschutz wäre es überzeugender, dass die „Fremdheit“ der Sache im Sinne des § 242 StGB völlig unabhängig vom Eigentumsrecht als die Sache „im fremden Gewahrsam“ auszulegen wäre. Drittens wären nach dem tatsächlichen, wirtschaftlichen Bewertungskriterium der „Gewahrsams“-Position nicht nur der Gewahrsamsbegriff, sondern auch die anderen Tatbestandsmerkmale des § 242 StGB, z.B. die Fremdheit, die bewegliche Sache und die rechtswidrige Zueignungsabsicht, aus der faktischen Betrachtungsweise umzuformulieren.³⁸⁴ Schließlich liegen die Einwände gegen die unterschiedlichen Bewertungskriterien innerhalb des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs auf der Hand, z.B. gegen den Geldwert als Bewertungsmaßstab.³⁸⁵

Die soeben erwähnten Einwände und die weiteren Bedenken³⁸⁶ gegen den wirtschaftlichen Vermögensbegriff sind zwar zutreffend. Zu nennen ist noch ein letzter grundsätzlicher Punkt, also das freiheitstheoretische Defizit der „Gewahrsams“-Position bzw. des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs. Diese Auffassungen beruhen auf das tatsächliche Machtverhältnis³⁸⁷ bzw. den naturalistischen Freiheitsbegriff des Einzelnen und aufgrund der strafrechtsdogmatischen Unanwendbarkeit dieses Freiheitsbegriffs sind sie abzulehnen.³⁸⁸ Daher wird in den folgenden Abschnitten zuerst die parallele Diskussion über den wirtschaftlichen Vermögensbegriff bei strafrechtlichen Vermögensdelikten dargelegt und dessen freiheitstheoretische Grundlage ausführlicher besprochen. Anschließend entwickeln sich die Einwände gegen den freiheitstheoretischen Ausgangspunkt des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs.

II. Parallele Diskussionslage — das wirtschaftliche Vermögen als Rechtsgut der Vermögensdelikte und der Schutz des unrechtmäßigen Besitzes gegen Vermögensdelikte

1. Meinungsstand

Früher im Schrifttum war eine große Anzahl von Strafrechtlern der Auffassung, dass das Vermögen im wirtschaftlichen Sinne das Schutzgut der Vermögensdelikte, wie etwa Betrug, Erpressung, Untreue usw., sei.³⁸⁹ Anders als die

³⁸⁴ Vgl. *Cadus*, Betrachtungsweise, S. 169 ff.

³⁸⁵ Zur Kritik an dem Geldwert als Bewertungskriterium des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs vgl. *NK-Kindhäuser*, § 263 Rdnr. 24 ff.

³⁸⁶ Vgl. nur *LK-Lackner*, 10. Aufl., § 263 Rdnr. 122; *MK-Hefendehl*, § 263 Rdnr. 343 ff.; *Bommer*, Grenzen, S. 38; *Nagler*, ZAKDR 1941, S. 295.

³⁸⁷ Ähnlich *Kargl*, JuS 1996, S. 974; *Wimmer*, NJW 1962, S. 609 ff.

³⁸⁸ Ähnlich *Kargl*, JuS 1996, S. 974.

³⁸⁹ *Triffterer*, Betrug, S. 9 f.; *Bruns*, Befreiung, S. 227 ff.; *ders.*, JR 1984, S. 136, 139.; *ders.*,

Anhänger des juristischen Vermögensbegriffs, die anhand des in anderen Gesetzesbereichen, insbesondere im Zivilrecht, geregelten subjektiven Vermögensrechts den strafrechtlichen Vermögensbegriff definierten, forderte die wirtschaftliche Vermögenslehre die strafrechtlich-eigenständige Bildung des Vermögensbegriffs ohne Rücksicht auf den Einfluss aus den anderen Gesetzesbereichen.³⁹⁰ Nach der wirtschaftlichen Vermögenslehre sei das Vermögen völlig übereinstimmend mit der wirtschaftlichen Verfügungsfähigkeit des Einzelnen³⁹¹ und es bestehe kaum ein Unterschied in der Vermögensdefinition innerhalb dieser Auffassung.³⁹² Manche verstünden das Vermögen als die „Summe der geldwerten Güter nach Abzug der Verbindlichkeit“.³⁹³ Manche betrachten das Vermögen als die „Gesamtheit der einer Person zustehenden wirtschaftlichen Werte“³⁹⁴, die „Gesamtheit der Güter, die der Verfügungsgewalt einer Person unterliegen“³⁹⁵ oder die „Gesamtheit der wirtschaftlichen Güter einer Person“³⁹⁶.

Zu beachten ist, dass nach der wirtschaftlichen Vermögenslehre die rechtliche Grundlage des Vermögens für den strafrechtlichen Vermögensschutz in höherem Maße außer Betracht zu lassen sei.³⁹⁷ Demzufolge sei fast alles als tauglicher Vermögensgegenstand anzusehen, was im rechtmäßigen oder unrechtmäßigen Wirtschaftsleben faktisch gehandelt werden könne.³⁹⁸ Mit anderen Worten ist nach dieser Ansicht das ökonomische Beurteilungskriterium, also die tatsächliche Anschauung in der Wirtschaftstätigkeit, im Rahmen des Strafrechts ausschlaggebend. Demnach genießen beispielsweise der An-

FS-Mezger, S. 335, 343 f.; *Doerr*, Objekt, S. 28 ff.; *Gemmer*, Tendenzen, S. 55 ff., 81; *Heiderich*, Entwicklung, S. 59 ff.; *Hofbeck*, Charakter, S. 140; *Mayer*, Untreue, S. 164; *Schmidt*, Begriff, S. 22 ff.; *Eckstein*, GA 58 (1911), S. 67 ff.; *Grünhut*, RG-FG, S. 119; *Brauweiler*, Vermögensbegriff, S. 192 ff.; *Schröder*, NJW 1962, S. 721; *Sonnen*, JA 1982, S. 593 f. Grundsätzlich vertreten die Rechtsprechung den wirtschaftlichen Vermögensbegriff (vgl. etwa RGSt 44, 230, 233; 66, 285; BGHSt 1, 262, 264; 2, 364 f.; 3, 99, 102; 15, 83, 86 f.; 16, 220 f., 325; 26, 346 f.; 34, 199 ff.; OLG Hamburg, NJW 1966, S. 1525). Wenn die wirtschaftliche Betrachtungsweise unakzeptable Ergebnisse mit sich bringt, beurteilt das Gericht die Fälle dennoch nach dem rechtlichen Kriterium und nimmt in der Tat die juristisch-wirtschaftliche Vermittlungslehre an (vgl. etwa RGSt 65, 99 ff.; 66, 285; BGHSt 2, 365; 8, 256; 4, 373 f.; 20, 136; 26, 346 ff.; BGH JR 1988, 125 f.; BGH wistra 1988, S. 142; OLG Hamm, NSStZ 1990, S. 342).

³⁹⁰ *Bruns*, Befreiung, S. 107 ff.; *ders.*, JR 1984, S. 133 ff.; *Gemmer*, Tendenzen, S. 55; *Heiderich*, Entwicklung, S. 60 ff.; *Hofbeck*, Charakter, S. 140; *Mayer*, Untreue, S. 152, 166; *Schmidt*, Begriff, S. 32 ff.; *Eckstein*, GA 58 (1911), S. 67; *Grünhut*, RG-FG, S. 117.

³⁹¹ Vgl. nur *Bruns*, FS-Mezger, S. 343 f.

³⁹² Vgl. Sch/Sch-Perron, § 263 Rdnr. 80; LK-Lackner, 10. Aufl., § 263 Rdnr. 122.

³⁹³ BGHSt 3, 102; 16 220, 221. Ähnlich RGSt 44, 233; *Doerr*, Objekt, S. 19.

³⁹⁴ Ähnlich *Bruns*, Befreiung, S. 227; LK-Jagusch, 8. Aufl., Vor § 249 1b.

³⁹⁵ Ähnlich *Brauweiler*, Vermögensbegriff, S. 189 f., 193.

³⁹⁶ *Wessels*, BT 2, § 13 II 4a.

³⁹⁷ Vgl. nur *Doerr*, Objekt, S. 18 f. *Brauweiler*, Vermögensbegriff, S. 192 ff.

³⁹⁸ Vgl. nur *Doerr*, Objekt, S. 18 f. *Brauweiler*, Vermögensbegriff, S. 192 ff.

spruch aus verbotenen und sittenwidrigen Geschäften, die widerrechtlich erlangten Positionen sowie der rechtswidrig erworbene Besitz den Vermögensschutz gemäß § 263 StGB, wenn sie nach der Verkehrsauffassung den Marktwert bzw. Geldwert hätten oder wirtschaftlich zu verwenden seien.³⁹⁹ Der Eigentümer, der vom Dieb durch Täuschung die gestohlene Sache wieder erlangt, beschädigt daher Diebesvermögen.⁴⁰⁰ Im Vergleich dazu stellen die Gegenstände, die zwar einer Person rechtlich zustünden aber keinen wirtschaftlichen Marktwert hätten, kein taugliches Vermögen im Strafrecht dar.⁴⁰¹

2. Vermögenszuordnung nach dem wirtschaftlichen, tatsächlichen Machtverhältnis

Weil nach dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff fast alles als Vermögensgegenstand zu verstehen ist, was im rechtmäßigen oder unrechtmäßigen Wirtschaftsleben tatsächlich gehandelt werden kann, sei nach dieser Ansicht das entscheidende Kriterium der Vermögenszuordnung nicht die Rechtsbeziehung, sondern das von der Rechtsbeziehung in höherem Maße unabhängige „tatsächliche“ Machtverhältnis.⁴⁰² Es wird verbreitet eingewandt, dass sich die wirtschaftliche Vermögenslehre nicht allein durch den sog. Tatsachenpositivismus⁴⁰³ begründe, weil zwischen den beiden Sozialsystemen „Wirtschaft“ und „Recht“ stets ein integrierter Zusammenhang bestehe und die wirtschaftliche Betrachtungsweise damit nicht ganz von normativen bzw. rechtlichen Überlegungen isoliert werden könne.⁴⁰⁴ Beispielsweise müsse der Unterschied zwischen Vermögensgegenstand und Nicht-Vermögensgegenstand, z.B. Menschen und menschlichen Organe, innerhalb der wirtschaftlichen Vermögenslehre bereits nach dem verfassungsrechtlichen Kriterium, also Art. 1 GG, festgelegt werden.⁴⁰⁵

Die soeben erwähnte Beziehung zwischen Wirtschaft und Recht steht zwar außer Frage, aber die oben dargestellte Auffassung — wie sie im Schrifttum

³⁹⁹ Vgl. nur *Bruns*, JR 1984, S. 139; *ders.*, FS-Mezger, S. 343 f.

⁴⁰⁰ Vgl. *NK-Kindhäuser*, § 263 Rdnr. 23.

⁴⁰¹ Ähnlich *Doerr*, Objekt, S. 152.

⁴⁰² *Ecker*, Schutz, S. 13 ff., 51; *LK-Lackner*, 10. Aufl., § 263 Rdnr. 122.; *LK-Tiedemann*, 11. Aufl., § 263 Rdnr. 131; *Nelles*, Untreue, S. 363; *Niggli*, Verhältnis, S. 95; 105 f.; *Otto*, Struktur, S. 52; *Pawlik*, Betrug, S. 256; *Bommer*, Grenzen, S. 67 f.; *NK-Kindhäuser*, § 263 Rdnr. 24. A.A. *Gössel*, BT 2, § 21 Rdnr. 119; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 41 Rdnr. 99, 102.

⁴⁰³ *Cramer*, Vermögensbegriff, S. 20; *ders.*, JuS 1966, S. 475; *Sch/Sch-Perron*, § 263 Rdnr. 80.

⁴⁰⁴ *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 41 Rdnr. 95; *Ecker*, Schutz, S. 15 ff.; *Bommer*, Grenzen, S. 65 ff.; *Cramer*, Vermögensbegriff, S. 20; *MK-Hefendehl*, 1. Aufl., § 263 Rdnr. 306; *Hefendehl*, Vermögensgefährdung, S. 109 f.; *Nelles*, Untreue, S. 386 ff.; *Otto*, Struktur, S. 49; *Gallas*, FS-Eb. Schmidt, S. 408 f.; *Niggli*, Verhältnis, S. 76 f., 95 f.

⁴⁰⁵ *Nelles*, Untreue, S. 383 f., 385 f.; *Bommer*, Grenzen, S. 65 f. Ähnlich *Niggli*, Verhältnis, S. 106.

bereits kritisiert wird⁴⁰⁶ — weist den freiheitstheoretischen Hauptmangel des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs unzureichend auf. In freiheitstheoretischer Hinsicht liegt der Hauptmangel der wirtschaftlichen Betrachtungsweise vielmehr darin, dass sich in dieser Ansicht das rein faktizitätsorientierte Verständnis der rechtlichen Freiheit, also ein kognitives bzw. realistisches Rechtsverständnis, das sich aus der Hobbesschen Freiheitstheorie ableiten lässt, widerspiegelt.

Mit anderen Worten übernimmt die wirtschaftliche Vermögenstheorie nicht stets aus der normativen bzw. rechtsinternen Perspektive die Gültigkeit des Rechts als das letztentscheidende Kriterium der Vermögenszuordnung. Sie sieht vielmehr oftmals aus der kognitiven bzw. rechtsexternen Sicht und aufgrund der sog. strafrechtlich-eigenständigen Bildung des Vermögensbegriffs das (insb. Zivil-)Recht lediglich als die tatsächliche Beurteilungspraxis an.⁴⁰⁷ Daher bilden innerhalb der wirtschaftlichen Vermögenslehre die (insb. Zivil-)Rechte und Nicht-Rechte keinen Gegensatz.⁴⁰⁸ Der Unterschied zwischen Rechten und Nicht-Rechten besteht innerhalb der wirtschaftlichen Betrachtungsweise vielmehr darin, dass etwa durch eine zivilrechtlich anerkannte und im Zivilprozess durchsetzbare Forderung die stärkere Macht und damit der höhere wirtschaftliche Wert als durch einen privatrechtlich nichtigen Anspruch gekennzeichnet seien.⁴⁰⁹ Demnach begeht der Täter den Betrug, der durch die Abtretung seines zivilrechtlich nichtigen Anspruchs in Höhe von € 1000 das Opfer um die Abtretung seiner zivilrechtlich anerkannten und prozessual durchsetzbaren Forderung in Höhe von € 1000 prellt. Mit Hilfe des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs gelangt man zu diesem Ergebnis, nicht weil aus der normativen Sicht einerseits der zivilrechtlich nichtige Anspruch des Täters aufgrund dessen rechtlicher Ungültigkeit keinen Vermögensgegenstand darstellt und andererseits die zivilrechtlich anerkannte Forderung des Opfers angesichts deren rechtlicher Gültigkeit und prozessualen Durchsetzbarkeit das taugliche Vermögensobjekt ist. Vielmehr entsteht das obige Ergebnis, weil aus der wirtschaftlichen Perspektive der nichtige Anspruch in Höhe von € 1000 wegen dessen schwächerer Macht bzw. rechtlichen Nichtdurchsetzbarkeit einen niedrigeren Marktwert als die zivilrechtlich durchsetzbare Forderung in Höhe von € 1000 einnimmt und mithin durch den Umtausch beider Rechte das Opfer den Vermögensschaden erleidet.

⁴⁰⁶ Dazu und zum Folgenden vgl. *Pawlik*, Betrug, S. 256 f.

⁴⁰⁷ Dazu und zum Folgenden vgl. *Pawlik*, Betrug, S. 256 f.

⁴⁰⁸ A.A. *Nelles*, Untreue, S. 369 f., 389; *Niggli*, Verhältnis, S. 79, 96, 106.

⁴⁰⁹ Ähnlich *Schmidt*, Begriff, S. 35; *LK-Lackner*, 10 Aufl., § 263 Rdnr. 183.

Nach dem soeben Erwähnten entscheidet sich die Vermögenszuordnung oder die Tauglichkeit des strafrechtlich zu schützenden Vermögens innerhalb der wirtschaftlichen Vermögenslehre nicht immer nach der vorhandenen (zivil-)rechtlichen Vorformung einer Rechtsbeziehung.⁴¹⁰ Die Rechtsbeziehung stellt nur ein Hilfskriterium oder ein widerlegliches Indiz für das dahinter stehende tatsächliche Machtverhältnis und den in diesem Machtverhältnis verkörperten wirtschaftlichen Wert dar. Der wirtschaftliche Maßstab bzw. die tatsächliche Macht sind nach dieser Ansicht meistens das entscheidende Beurteilungskriterium für die Vermögenszuordnung und damit ist bei der Kollision von Recht und Macht oftmals die Letztere ausschlaggebend.⁴¹¹ Mit anderen Worten tritt im Rahmen des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs, der dem juristischen Vermögensbegriff entgegensteht und der dem Strafrecht einen eigenständigen Vermögensbegriff verschafft, bei der Vermögenszuordnung die bessere faktische Zugriffsmöglichkeit einer Person an die Stelle der rechtlich anerkannten persönlichen Freiheit.

III. Kritische Würdigung der freiheitstheoretischen Grundlage des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs: Schutz der naturalistischen Freiheit

Mit der oben ausgeführten Argumentation erweist sich nach der wirtschaftlichen Vermögenslehre das wirtschaftliche tatsächliche Machtverhältnis als Schutzgut der Vermögensdelikte und in den meisten Fällen stellt das wirtschaftliche tatsächliche Machtverhältnis das entscheidende Beurteilungskriterium der Vermögenszuordnung dar. Demnach gewinnt die wirtschaftliche Vermögenslehre ihre zentrale Freiheitsvorstellung: Der Machtinhaber kann durch die bessere faktische Zugriffs- oder Verfügungsmöglichkeit am Gegenstand seine eigene kognitive Wünsche bzw. Bedürfnisse im wirtschaftlichen Leben befriedigen, ohne Rücksicht auf die rechtlichen Regelungen bzw. den rechtlichen Anspruch des anderen Rechtsgemeinschaftsmitglieds und sogar ungeachtet der tatsächlichen Bedürfnisse eines anderen. Unter dieser Freiheitsvorstellung konzentriert sich der Machtinhaber hauptsächlich auf seine eigene kognitive Präferenz und behandelt die anderen Rechtsgemeinschaftsmitglieder nur als Mittel bzw. Instrument⁴¹² zu seinem Zweck. Die Freiheit des

⁴¹⁰ Dazu und zum Folgenden vgl. *Schmidt*, Begriff, S. 35; *Pawlik*, Betrug, S. 256 f.

⁴¹¹ *Pawlik*, Betrug, S. 256 f. A.A. *Nelles*, Untreue, S. 364 ff., 368 ff., 372. Durch *Nelles'* Auseinandersetzung mit Rechtsprechungen, die die wirtschaftliche Vermögenslehre annehmen, werde bei einer Kollision von Macht und Recht kein eindeutiges Entscheidungskriterium für die Vermögenszuordnung dargestellt. Diese Inkonsistenz sei der wirtschaftlichen Vermögengstheorie immanent und ergebe sich aus deren widersprüchlichen Maßstäben der Vermögenszuordnung.

⁴¹² Zur ausführlichen Erklärung der instrumentalen Kommunikation vgl. *Jakobs*, ZStW 107 (1995), S. 868 ff.; *ders.*, Norm, S. 13 ff. Nach der Meinung *Rousseaus* bestehen die instru-

Machtinhabers sei in dieser Hinsicht als dessen sich gegenüber Hindernissen im äußeren Umfeld machtvoll durchsetzende Willkür zu verstehen.⁴¹³ Dass nach dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff die strafrechtlichen Vermögensdelikte das wirtschaftliche tatsächliche Machtverhältnis schützen sollen, weist somit darauf hin, dass die Aufgabe bzw. die Legitimation der strafrechtlichen Vermögensdelikte in der Freiheitsgarantie liegt, die sich aus den kognitiven Bedürfnissen des Einzelnen nach der wirtschaftlichen Lebenserhaltung ableiten lässt.

Der tatsächliche Freiheitsbegriff der wirtschaftlichen Vermögenslehre ist auf der zentralen Freiheitsdarstellung *Hobbes'* zurückzuführen, wonach die „Abwesenheit äußerer (Bewegungs-)Hindernisse“⁴¹⁴ die Freiheit des Einzelnen darstelle.⁴¹⁵ Da die „Abwesenheit äußerer Bewegungshindernisse“ im Mittelpunkt des *Hobbesschen* Freiheitsbegriffs steht, kann dieser Freiheitsbegriff auch auf vernunft- und leblose Dinge angewendet werden. Der Freiheitsbegriff ist damit von *Hobbes* auch durch das ungehindert strömende Wasser gekennzeichnet⁴¹⁶ und als „naturalistischer Freiheitsbegriff“⁴¹⁷ zu charakterisieren. Die *Hobbessche* Freiheitsvorstellung, wie diejenige des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs, bringt ohne Bezug auf die normative Bedeutung der persönlichen Freiheit nur das menschliche kognitiv-rationale Verhalten zum Ausdruck, das stets nach der Befriedigung menschlicher kognitiver Präferenzen strebt, wie etwa die Erfüllung der Selbsterhaltung in der *Hobbesschen* Lehre⁴¹⁸ oder der wirtschaftlichen Bedürfnisse innerhalb des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs. Im folgenden Abschnitt der Arbeit wird der freiheitstheoretische Hauptmangel der *Hobbesschen* Lehre eingehender diskutiert und festgelegt, dass seine naturalistische Freiheitstheorie in der Strafrechtsdogmatik nicht anwendbar ist.

mental Beziehungen nicht mehr in der Gesellschaft, weil der Zustand der Einsamkeit der nebeneinander lebenden Individuen nach der Entstehung der Sprache nicht mehr vorhanden sei. Im Zustand der Einsamkeit der Individuen sei lediglich die instinktive Kooperation vorstellbar, also die geschlechtliche Vereinigung (vgl. *Rousseau*, Ungleichheit, S. 143, 151). Nach den Einwänden *Jakobs'* sei einerseits die Sprache nur als eine instrumentale Fertigkeit zu verwenden, wie etwa die hoch entwickelte Computersprache. Andererseits sei eine instrumentale Gemeinsamkeit, die lediglich die Präferenzmaximierung des Individuums bezwecke, nicht völlig auszuschließen. Demnach sei ein sozialer Kontakt nur als eine ersetzbare instrumentale Beziehung zu verstehen und in der Gesellschaft ohne Schwierigkeit erkennbar. Vgl. *Jakobs*, ZStW 107 (1995), S. 870, 875; *ders.*, Norm, S. 16 f.

⁴¹³ *Pawlik*, Betrug, S. 257, 20 f.

⁴¹⁴ *Hobbes*, Leviathan, 14. Kap. (S. 99); 21. Kap. (S. 163).

⁴¹⁵ Dazu und zum Folgenden vgl. *Pawlik*, Betrug, S. 257, 21 f.

⁴¹⁶ *Hobbes*, Leviathan, 21. Kap. (S. 163).

⁴¹⁷ *Steinvorth*, Freiheitstheorien, S. 181 f.; *Pawlik*, Betrug, S. 21.

⁴¹⁸ Zur Auseinandersetzung mit dem *Hobbesschen* Freiheitsbegriff vgl. *Kersting*, Philosophie, S. 74.

An dieser Stelle wird die strafrechtsdogmatische Unbrauchbarkeit des tatsächlichen Freiheitsbegriffs *Hobbes'* kurz zusammengefasst: Nach der Rechtsgutstheorie sei der Rechtsgutsbegriff ein Wertbegriff⁴¹⁹ und zwar ein normativer Begriff, wonach das individuelle Rechtsgut als die durch Rechtsordnung anerkannte und damit schutzwürdige Beziehung einer Person zum Objekt zu verstehen sei.⁴²⁰ Der normative bzw. rechtliche Rechtsgutsbegriff ist nur auf die normativen Gründe zurückzuführen.⁴²¹ Mit anderen Worten hat ein rein faktischer Faktor für die Begründung des Rechtsgutsbegriffs keine normative Tragkraft.⁴²² Demnach ist die Argumentation im Rahmen der wirtschaftlichen Vermögenslehre, wonach das Rechtsgut „Vermögen“ durch „das (wirtschaftliche) tatsächliche Machtverhältnis des Einzelnen“ bzw. „den naturalistischen Freiheitsbegriff“ zu begründen sei, „*kategorial*“ verfehlt.⁴²³ Schließlich können die in diesem Abschnitt ausgeführten Einwände gegen den wirtschaftlichen Vermögensbegriff wie folgt auf den Punkt gebracht werden: Macht schafft kein Recht⁴²⁴; im Gegenteil verteilt Recht die Macht⁴²⁵.

IV. Zusammenfassung

Der „Gewahrsams“-Position zufolge hat der Gewahrsam des Einzelnen im wirtschaftlichen Sinne ausschließlich die Rechtsgutseigenschaft in § 242 StGB. Das Endziel des Gewahrsamsschutzes in dieser Hinsicht liegt nicht — wovon eine Anzahl der Befürworter der „Eigentums- und Gewahrsams“-Position ausgehen — in der Gewährleistung der Friedens- oder Rechtsordnung, sondern im Vermögensschutz des Einzelnen. Der Diebstahl verändert sich im Rahmen der „Gewahrsams“-Position zwar vom Eigentumsdelikt zum Vermögensdelikt, aber diese Straftat ist insofern — in Übereinstimmung mit der gegenwärtigen überwiegenden Auffassung — als Delikt gegen das Individualrechtsgut zu klassifizieren.

Nach der „Gewahrsams“-Position kann der Diebstahl gegen den rechtswidrigen Gewahrsamsinhaber, wie etwa gegen den 1. Dieb beim „Diebesdiebstahl“, zwar die Strafe gemäß § 242 StGB nach sich ziehen, aber durch den Schutz des Gewahrsams im wirtschaftlichen Sinne kommen aus der freiheitstheoreti-

⁴¹⁹ *Amelung*, Rechtsgüterschutz, S. 155 ff.; *Ostheimer*, Gewahrsam, S. 26 ff.

⁴²⁰ *Otto*, Struktur, S. 33 f.; *Sina*, Rechtsgut, S. 102. Zu den unterschiedlichen Definitionen des Rechtsgutsbegriffs vgl. *Jakobs*, AT, 2. Abschn. Rdnr. 12 ff.; *Otto*, Struktur, S. 34 ff.

⁴²¹ Ähnlich *Niggli*, Verhältnis, S. 96 Fn. 346; *Höffe*, Proto-Strafrecht, S. 318.

⁴²² Ähnlich *Niggli*, Verhältnis, S. 96 Fn. 346; *Höffe*, Proto-Strafrecht, S. 318.

⁴²³ *Pawlik*, Betrug, S. 257 Fn. 24. Ähnlich *Ostheimer*, Gewahrsam, S. 49 ff.

⁴²⁴ *Greco*, Lebendiges und Totes, S. 129, 515.; *Hefendehl*, Vermögensgefährdung, S. 115 f.

⁴²⁵ *Nelles*, Untreue, S. 447; *Niggli*, Verhältnis, S. 96, 106; *Hefendehl*, Vermögensgefährdung, S. 115 f.

schen Sicht nur die Garantie des tatsächlichen Machtverhältnisses und damit die Gewährleistung der naturalistischen Freiheit des Machtinhabers in Betracht. Durch die strafrechtsdogmatische Unanwendbarkeit des naturalistischen Freiheitsbegriffs *Hobbes'* zeigt sich hierbei, dass sich der Rechtsgutsbegriff im normativen Sinne nicht aus einer Tatsache ableiten lässt. So vielversprechend der naturalistische Freiheitsbegriff für die „Gewahrsams“-Position und den wirtschaftlichen Vermögensbegriff ist, so unzureichend ist er für die Strafrechtsdogmatik und den Rechtsgüterschutzgedanken. Die letzte Bastion der Rechtsgüterschutztheorie ist damit abgebaut worden.

E. Das im (unrechtmäßigen) Gewahrsam verkörperte allgemeine subjektive staatsbürgerliche Recht des Gewahrsamsinhabers als die rechtlich garantierte persönliche Freiheit neben Eigentum in § 242 StGB

I. Die Grundlage und der freiheitsgesetzliche Zusammenhang des Rechtsgüterschutzgedankens

Wie in der Einleitung der Arbeit erwähnt, sind die Befürworter der Rechtsgutstheorie der Auffassung, dass die Schutzgüter der Delikte gegen die Person die durch das Strafrecht zu schützenden Interessen einer Person darstellen, die zur Verwirklichung ihres sozialen Lebens benötigt werden.⁴²⁶ Die benötigten Interessen einer Person in ihrem sozialen Leben bedeuten die handgreiflichen Ressourcen, die ihr als ihr rechtliches Vermögen zuteil werden und durch deren Gebrauch die Person ihr soziales Leben eigenständig ausführen kann. Besitz der Ressourcen ist daher als das selbständige Arrangement des sozialen Lebens einer Person und die freie Entwicklung ihrer Persönlichkeit zu verstehen. Vor diesem Hintergrund ist die strenge Trennung von „Besitz“ und dem Besitzer „Ich“ überflüssig.⁴²⁷ Indem „Ich“ in die Dinge hineingehe, bildet nach dem Rechtsgutsdenken das Rechtsgut „Vermögen“ die Einheit der Persönlichkeit bzw. die Erweiterung des „Ichs“. ⁴²⁸ Demnach ist das Vermögen kein persönlichkeitsfremder Gegenstand; vielmehr kommt in ihm die persönliche (Selbstdarstellungs-)Freiheit zum Ausdruck.

Die Rechtsgutsgarantie als Ermöglichungsbedingung der Selbstverwirklichung des Rechtsgutsträgers⁴²⁹ kann nur dadurch realisiert werden, dass nach dem allgemeinen Gesetz eine Person, die das Rechtsgut einer anderen Person antastet, für die Unverletzlichkeit des Rechtsguts zuständig ist. Insoweit ist der Rechtsgutsdenken beim Vermögensschutz von Anfang an mit der interpersonalen Zuständigkeitsverteilung nach dem allgemeinen Rechtsgesetz verbunden. Der freiheitsgesetzliche Zusammenhang wird somit durch den Rechtsgüterschutzgedanken hergestellt. Demnach lautet die zentrale Annahme des Rechtsgutsdenkens beim strafrechtlichen Vermögensschutz: Der Rechtsgutsträger sei das Opfer eines Delikts gegen das Vermögen; die Beeinträchtigung des Vermögens sei mit der Verletzung der persönlichen Freiheit des Rechtsgutsträgers gleichzustellen.

⁴²⁶ Dazu und zum Folgenden vgl. *Pawlik*, Betrug, S. 46 f.

⁴²⁷ *Simmel*, Philosophie, S. 433.

⁴²⁸ *Simmel*, Philosophie, S. 365, 432.

⁴²⁹ *Roxin*, GS-Noll, S. 275.

II. Die freiheitsgesetzlichen Mängel der Rechtsgutstheorie und ihr Einfluss auf die Diskussion über die Schutzgüter des § 242 StGB

In Anlehnung an die Auseinandersetzung der „Gewahrsams“-Position im Abschnitt D ist der durch die Rechtsgutstheorie hergestellte freiheitsgesetzliche Zusammenhang für die Begründung des Gewahrsamsschutzes in § 242 StGB oberflächlich. Nach dem Rechtsgutsdenken sei der Rechtsgutsträger das Opfer eines Delikts gegen das Vermögen. Die Beeinträchtigung des Vermögens führt zur Verletzung der persönlichen Freiheit des Rechtsgutsträgers. Der Täter sei derjenige, der das Rechtsgut des Opfers antastet und für den Schutz des Rechtsguts des Opfers nach dem allgemeinen Rechtsgesetz zuständig sei. Demnach hängt der strafrechtliche Schutz des § 242 StGB der „Gewahrsams“-Position zufolge nur davon ab, ob das Rechtsgut „Gewahrsam im wirtschaftlichen Sinne“ durch Diebstahl verletzt und somit die persönliche Freiheit des Rechtsgutsträgers „Gewahrsamsinhaber“ beeinträchtigt wird. Mit anderen Worten kommt nach der „Gewahrsams“-Position die Frage, ob dem Gewahrsamsinhaber die normativ-rechtliche Befugnis zukommt, die Sache in Gewahrsam zu behalten, für die Schutzwürdigkeit des Gewahrsamsinhabers durch § 242 StGB nicht in Betracht. Infolgedessen gewährleistet § 242 StGB nach der „Gewahrsams“-Position nicht das Recht des Gewahrsamsinhabers an der Sache, also dessen rechtliche Freiheit, sondern die tatsächliche Macht des Gewahrsamsinhabers über die Sache, also dessen natürliche Freiheit.

Das oben dargestellte Problem, also den Machtschutz durch § 242 StGB innerhalb der „Gewahrsams“-Position, erkennen ebenfalls die Befürworter des Rechtsgutsdenkens. Daher unterbreiten sie im Falle des „Diebesdiebstahls“ die folgenden Lösungsvorschläge: Einerseits soll der eigenständige Gewahrsamsschutz durch § 242 StGB auf die normativ-rechtliche Betrachtungsweise begründet werden; demnach ist beispielsweise der Schutz der öffentlichen Friedensordnung von Anhängern der „Eigentums- und Gewahrsams“-Position als die normative Grundlage für den Gewahrsamsschutz in § 242 StGB zu legen. Andererseits gehen die Vertreter der „Eigentums“-Position beim „Diebesdiebstahl“ vom Schutz des im Zivilrecht geregelten Eigentumsrechts aus und behaupten, dass die Gewahrsamsverletzung durch Diebstahl keine eigenständige Rechtsgutsverletzung im Sinne des § 242 StGB sei; sie stelle lediglich die Angriffsart des Eigentumsrechts dar. Dennoch sind die soeben erwähnten Lösungsvorschläge nach den Auseinandersetzungen in Abschnitt B und C nicht annehmbar. Wenn der „Diebesdiebstahl“ durch § 242 StGB bestraft bleiben soll, soll zuerst festgelegt werden, dass im Falle des

„Diebesdiebstahls“ eine normativ-rechtlich garantierte Freiheit des 1. Diebs bzw. des Gewahrsamsinhabers, durch einen weiteren Diebstahl verletzt wird. Der bloße Gewahrsamsinhaber soll damit den strafrechtlichen Schutz durch § 242 StGB genießen.

III. Rechtsverhältnis als interpersonales Zuständigkeitsverhältnis von Täter und Opfer: Schutz des staatsbürgerlichen Rechts des Gewahrsamsinhabers durch § 242 StGB

Nach den unter II. skizzierten freiheitsgesetzlichen Mängeln der Rechtsgutstheorie soll nur das Rechtsgut der Person geschützt werden, also ein Stück der rechtlich garantierten Freiheit des Opfers im interpersonalen Rechtsverhältnis zwischen Täter und Opfer.⁴³⁰ Beim Rechtsgut der Person geht es immer darum, in welchem Umfang ein Interesse von einer Person gegen eine andere Person den rechtlichen Schutz genießt. Demnach muss die Rechtsgutslehre bei Delikten gegen die Person verknüpft werden mit der Lehre des Verantwortlichkeits- oder des Zuständigkeitsbereichs von Täter und Opfer. Infolgedessen hängt die Frage, ob der „Diebesdiebstahl“ durch § 242 StGB bestraft bleiben soll, immer davon ab, ob dem bestohlenen Dieb ein Stück rechtlich geschützte Freiheit entzogen wird. Mit anderen Worten muss bei Delikten gegen die Person die Frage nach den geschützten „Individualrechtsgütern“ innerhalb der Rechtsgutstheorie in die Frage nach der garantierten „rechtlichen persönlichen Freiheit“ verwandelt werden.

Der hier vertretene freiheitsgesetzliche Lösungsansatz zur Bestrafung des „Diebesdiebstahls“ ist: Der bloße (unrechtmäßige) Gewahrsamsinhaber hat Anspruch, dass ihm der Gewahrsam entzogen wird nur auf einen rechtlich bzw. institutionell vorgesehenen Weg, also auf ein gesetzlich geregeltes Verfahren zugunsten des wirklichen und des wahren Berechtigten.⁴³¹ Es geht beim Schutz des bloßen Gewahrsamsinhabers nach § 242 StGB um den Schutz des allgemeinen staatsbürgerlichen Rechts des Gewahrsamsinhabers. Mit anderen Worten hat der bloße Gewahrsamsinhaber gemäß § 242 StGB den Anspruch auf Staatsbürgerschutz, also auf Schutz des allgemeinen Status, Staatsbürger zu sein. Demnach stellen die ganz unterschiedlichen Rechtsgüter des § 242 StGB zwei Fälle dar: Das Schutzgut ist das Eigentumsrecht und zwar die faktische Ausübungsmöglichkeit des Eigentumsrechts in dem Fall, in dem der Eigentümer selbst bestohlen wird; und in dem Fall, in dem die Sache dem bloßen Gewahrsamsinhaber entzogen wird, stellt das Rechtsgut des § 242

⁴³⁰ Jakobs, FS-Peters, S. 82.

⁴³¹ Jakobs, FS-Peters, S. 82.

StGB das allgemeine subjektive staatsbürgerliche Recht des Gewahrsamsinhabers dar.

IV. Die rechtsphilosophische Grundlage des staatsbürgerlichen Rechts

1. Der auf natürlicher Freiheit begründete Gesellschaftsvertrag bzw. Staatsbegriff — *Thomas Hobbes*

a) Naturzustand und Gesellschaftsvertrag bei *Hobbes*

Die in der Arbeit betreffende rechtsphilosophische Grundlage des staatsbürgerlichen Rechts des bloßen Gewahrsamsinhabers in § 242 StGB wurzelt zunächst tief im Grundgedanken des Gesellschaftsvertrags: Im staatlichen Zustand müssen alle auf Gewalt gegeneinander verzichten und jeden Rechtskonflikt mit dem staatlich-institutionell geregelten Verfahren lösen. *Thomas Hobbes* ist der Begründer des Gesellschaftsvertrags bzw. der neuzeitlichen politischen Philosophie. Nach der analytischen oder resolutiv-kompositiven Methode entwickelt er den Naturzustands- und Gesellschaftsvertragsbegriff, die für die Sozial- und Staatsphilosophie der folgenden Jahrhunderte ein Begründungsmuster darstellen.⁴³² Bei der resolutiven Komponente muss die staatliche Gemeinschaft bis in ihre nicht weiterzerlegbaren Grundelemente aufgelöst werden, nämlich in die von der sozialen Umwelt abgeschnittenen und in die Natur zurückversetzten Menschen.⁴³³ Bei der kompositiven Komponente muss dargelegt werden, zu welchem Zweck sich die natürlichen Menschen in dem staatlichen Zustand zusammenschließen. Der Naturzustand ist daher der Ausgangspunkt des kontraktualistischen Arguments.

Nach der *Hobbesschen* Lehre hat der Mensch im Naturzustand⁴³⁴ das natürliche Recht⁴³⁵, „seine eigene Macht nach seinem Willen zur Erhaltung seiner eigenen Natur, das heißt seines eigenen Lebens, einzusetzen und folglich alles zu tun, was er nach eigenem Urteil und eigener Vernunft als das zu diesem

⁴³² *Kersting*, Philosophie, S. 59.

⁴³³ Dazu und zum Folgenden vgl. *Kersting*, Philosophie, S. 63 f.

⁴³⁴ *Hobbes*, *Leviathan*, 13. Kap. (S. 94 ff.)

⁴³⁵ Nach dem Begriff des natürlichen Rechts *Hobbes*‘, also dem Recht aller Menschen auf alles, hat ein Mensch im Naturzustand ein Recht auf nichts. Das *Hobbessche* natürliche Recht führt schließlich zum Gegenteil. (*Hobbes*, *Naturrecht*, 1. Teil, 14. Kap. (S. 98 f.); *Geismann*, *Der Staat*, Bd. 21(1982), S. 165.) Demnach stellt der Begriff des natürlichen Rechts *Hobbes*‘ überhaupt keine normative Bedeutung dar, sondern nur die Umschreibung des Sachverhalts, dass das Individuum im Naturzustand keinerlei normative subjektive Rechte hat. (Ähnlich *Harzer*, *Naturzustand*, S. 49 f. *Harzer* nennt „Möglichkeit auf alles“ statt *Hobbessches* „Recht auf alles“) Mit anderen Worten besteht bei der Naturzustandslehre *Hobbes*‘ kein vorstaatliches subjektives Recht. Zur oben genannten Darstellung vgl. *Kersting*, Philosophie, S. 74 f. Zum Unterschied zwischen dem *Hobbesschen* Begriff des natürlichen Rechts und der traditionellen Naturrechtsterminologie näher s. *Kersting*, Philosophie, S. 73 ff.

Zweck geeignete Mittel ansieht“⁴³⁶. Aufgrund der Ressourcenknappheit und der Selbsterhaltung als Endzweck der Menschen müssen die Menschen im Naturzustand jederzeit bereit sein, Gewalt gegeneinander anzuwenden, einerseits um die erstrebten Güter zu gewinnen und andererseits um die erlangten Güter zu behaupten; der *Hobbessche* Naturzustand ist ein Zustand der Unsicherheit, der Furcht, des Konflikts und des gewaltbereiten Misstrauens.⁴³⁷ Daher ist der *Hobbessche* Naturzustand ein Kriegszustand, ein Zustand des Krieges aller gegen alle.

Ein Zustand des tendenziellen Konflikts und des gewaltbereiten Misstrauens steht dem fundamentalen Verlangen aller Menschen nach freier Selbsterhaltung und Glück entgegen.⁴³⁸ „Deshalb ist es ein Gebot der rechten Vernunft, den Frieden zu suchen, (...)“⁴³⁹ und „das Recht aller auf alles nicht beizubehalten (...), sondern einzelne Rechte zu übertragen oder aufzugeben (...)“.⁴⁴⁰ Nach *Hobbesscher* Lehre müssen die Menschen angesichts ihres Selbsterhaltungsinteresses, also der langfristig-friedlichen Aufrechterhaltung von Gütern und Macht zugunsten des Überlebens, den Naturzustand verlassen.⁴⁴¹ Zur Herstellung des Friedenszustands müssen die Menschen einen gemeinsamen Vertrag abschließen, wonach jeder seine gesamten natürlichen Rechte auf die ihn beherrschende öffentliche Macht überträgt und diese Gewalt muss die Sicherheit der ihr Unterworfenen garantieren.⁴⁴² Das durch Vertrag entstehende sichtbare staatliche Gewaltmonopol ist das Einzige mit der Fähigkeit, die Menschen mit Gewalt unter Kontrolle zu halten und sie durch Furcht vor Strafe zur Erfüllung ihrer Verträge zu zwingen.

b) Kritik des *Hobbesschen* Gesellschaftsvertrags

Die rechtsdogmatische Unbrauchbarkeit des natürlichen Freiheitsbegriffs *Hobbes'* ist im Vorhergehenden (Abschn. D. III.) dargelegt. Nach der *Hobbesschen* Lehre beruht die Legitimation des Gesellschaftsvertrags und der Rechtsordnung konsequenterweise auf dem kognitiven Bedürfnis des Einzelnen nach Selbsterhaltung, also klug bedachtes Eigeninteresse. Aus der Sicht *Hobbes* schließen die naturalistisch ausgestalteten Einzelnen einen Gewalt-

⁴³⁶ *Hobbes*, *Leviathan*, 14. Kap. (S. 99); ähnlich *ders.*, aaO, 21. Kap. (S. 163); *ders.*, *Vom Bürger*, 1. Kap. Abschn. 10.

⁴³⁷ Dazu und zum Folgenden vgl. *Hobbes*, *Leviathan*, 13. Kap. (S. 95 f.); *Kersting*, *Philosophie*, S. 64 f.; *Gierhake*, *Zusammenhang*, S. 59.

⁴³⁸ *Höffe*, *Wissenschaft*, S. 44.

⁴³⁹ *Hobbes*, *Vom Bürger*, 1. Kap. Abschn. 15.

⁴⁴⁰ *Hobbes*, *Vom Bürger*, 2. Kap. Abschn. 3.

⁴⁴¹ *Hobbes*, *Leviathan*, 14. Kap. (S. 99 f.). Vgl. auch *Höffe*, *Wissenschaft*, S. 44; *Kersting*, *Philosophie*, S. 64 f.

⁴⁴² Dazu und zum Folgenden vgl. *Hobbes*, *Leviathan*, 17. Kap. (S. 131 u. 134).

verzichts-⁴⁴³ und Unterwerfungsvertrag⁴⁴⁴ ab, nur um die individuellen kognitiven Vorteile, also die langfristige friedliche Aufrechterhaltung von Gütern und Macht, zu erlangen sowie die kognitiven Nachteile, nämlich die Verlustmöglichkeit von Gütern und Macht wegen Konkurrenz um Ressourcen im Natur- bzw. Kriegszustand, aufzuheben. Weil das kognitive Bedürfnis des Einzelnen, also dessen Vorteilsmaximierung, der Verbindlichkeit des Gesellschaftsvertrags und der Legitimation der Rechtsordnung zugrunde liegt, ist die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrags bzw. der Rechtsordnung nicht mehr vorhanden, wenn die Befolgung des Vertrags und der Rechtsordnung die Vorteilsmaximierung des Einzelnen nicht befriedigen kann.⁴⁴⁵ Da der Gesellschaftsvertrag und die Rechtsordnung nach der *Hobbesschen* Lehre nur aufgrund der kognitiven Nützlichkeit für den Einzelnen gültig ist und damit als eine Klugheitsveranstaltung verstanden wird, haben die Normen und der Vertrag für den Einzelnen nur eine instrumentale Bedeutung.⁴⁴⁶ Die Verbindlichkeit einer als Faktum oder Instrument begriffenen subjektexternen Rechtsordnung ist höchst instabil,⁴⁴⁷ weil derjenige, der den beachtlichen Machtgewinn haben will, den Gesellschaftsvertrag und die Rechtsordnung brechen kann.⁴⁴⁸ „Der Naturzustand ist nur *kalkulatorisch* suspendiert, nicht *normativ* überwunden.“⁴⁴⁹

2. Der auf normativer Freiheit begründete Gesellschaftsvertrag bzw. Staatsbegriff — Immanuel Kant

a) Freiheitsbegriff , Naturzustand und Staatskonzept bei Kant

Nach *Kantischer* Lehre ist die Autonomie bzw. die Freiheit der Menschen auf die Selbstgesetzgebung ihrer reinen praktischen Vernunft zurückzuführen.⁴⁵⁰ Die praktische Vernunft des Subjekts ist nach *Kant* nicht als Zweckrationalität bzw. als die Entscheidungsregeln instrumenteller Vernunft zu verstehen. Insofern weist *Kant* den Freiheitbegriff *Hobbes'* zurück, der durch die kognitiven Bedürfnisse, die Klugheit und den generalisierten Egoismus des Menschen begründet wird. Daher beschreibt *Kant* die negative Komponente des freien

⁴⁴³ *Hobbes*, *Leviathan*, 14. Kap. (S. 100 ff.)

⁴⁴⁴ *Hobbes*, *Leviathan*, 17. Kap. (S. 134 f.)

⁴⁴⁵ *Spinoza*, *Traktat*, S. 236. Zustimmung *Jakobs*, *Norm*, S. 24, 27, 31 f.; *Pawlik*, *Betrug*, S. 21. Ähnlich *Pawlik*, *Person*, S. 35; *ders.*, *FS-Rudolphi*, S. 223.

⁴⁴⁶ *Pawlik*, *Betrug*, S. 21.

⁴⁴⁷ *Pawlik*, *Person*, S. 35; *ders.*, *FS-Rudolphi*, S. 223.

⁴⁴⁸ Vgl. *Spinoza*, *Traktat*, S. 237. Zustimmung *Jakobs*, *Norm*, S. 26; *Pawlik*, *Betrug*, S. 21.

⁴⁴⁹ *Pawlik*, *Betrug*, S. 21 (Hervorhebung von *Verf.*). Vgl. auch *Apel*, *Diskursethik*, S. 127 ff.; *Kindhäuser*, *ZStW* 107 (1995), S. 704.

⁴⁵⁰ Dazu und zum Folgenden vgl. *Kersting*, *Philosophie*, S. 180; *Pawlik*, *Betrug*, S. 24. Ähnlich *Gierhake*, *Zusammenhang*, S. 76 ff.

Willens wie folgt: Er muss nicht von sinnlicher Präferenz beeinflusst werden.⁴⁵¹ Als positive Komponente des freien Willens *Kants* muss er sich unter dem Anspruch der reinen Vernunft selbst bestimmen.⁴⁵² Demnach wird von *Kant* das gute Handeln so dargestellt: „Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde“.⁴⁵³ Nach dieser Regel ist das gute bzw. freie Handeln dasjenige, das nach den allgemeingültigen Verhaltensnormen geregelt wird, die wiederum durch einen subjektiven und vernünftigen Denkprozess entstehen.⁴⁵⁴ Auf die soeben erwähnte ähnliche Begründungsweise formuliert *Kant* die negative Komponente der *äußeren*, rechtlichen Freiheit als „Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür“⁴⁵⁵ und die positive Komponente der rechtlichen Freiheit folgendermaßen: „Handle äußerlich so, dass der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen (kann)“.⁴⁵⁶ Der Freiheitsbegriff *Kants* stellt daher die „Freiheit zum Gesetz“⁴⁵⁷ dar und wird normativ begründet.

Trotz der unterschiedlichen Freiheitsvorstellungen nimmt *Kant* gleich wie *Hobbes* einen vorstaatlichen bzw. vorsozialen Naturzustand an. Der Naturzustand *Kants* stellt aber — anders als der *Hobbes* — keine empirische und anthropologische Beschaffenheit dar, sondern eine rechtstheoretische Konstruktion.⁴⁵⁸ „Es wird hier das Recht im Stande der Natur und nicht das Faktum erwogen. Es wird bewiesen, das nicht willkürlich ist, aus dem Stande der Natur herauszugehen, sondern notwendig nach Regeln des Rechts“.⁴⁵⁹ Im Naturzustand hat jeder das Recht, nach einem durch vernünftigen Denkprozess entstehenden allgemeinen Gesetz zu handeln.⁴⁶⁰ Weil im Naturzustand keiner für die endgültige und objektive Auslegung der allgemeinen Handlungsregeln zuständig ist, verhält sich jeder nach der eigenen (privaten) Interpretation der Ausübungsbedingungen der natürlichen Gesetze; Rechtskonflikte miteinander werden notwendig dadurch veranlasst.⁴⁶¹ Nach *Kantischer* Rechtslehre ist der

⁴⁵¹ *Kant*, MdS, Einleitung in die Metaphysik der Sitten, Abschn. I (S. 318).

⁴⁵² *Kant*, MdS, Einleitung in die Metaphysik der Sitten, Abschn. I (S. 318).

⁴⁵³ *Kant*, GMdS, Abschn. II (S. 51).

⁴⁵⁴ *Gierhake*, Zusammenhang, S. 24; *Pawlik*, Betrug, S. 24; *Kersting*, Philosophie, S. 181 f.

⁴⁵⁵ *Kant*, MdS, Das angeborene Recht ist nur ein einziges (S. 345).

⁴⁵⁶ *Kant*, MdS, Einleitung in die Rechtslehre § C (S. 338). Vgl. auch *ders.*, aaO, Das angeborene Recht ist nur ein einziges (S. 345).

⁴⁵⁷ *Baruzzi*, Philosophie, S. 88.

⁴⁵⁸ *Kersting*, Philosophie, S. 187; *Gierhake*, Zusammenhang, S. 94 f.

⁴⁵⁹ *Kant*, Ak-Ausg., Bd. XIX, S. 99 f. (Refl. 6593).

⁴⁶⁰ *Kant*, MdS, Rechtslehre § 9 (S. 367), § 44 (S. 430). Vgl. auch *Kersting*, Philosophie, S. 190.

⁴⁶¹ *Kant*, MdS, Rechtslehre § 9 (S. 367), § 44 (S. 430). Vgl. auch *Kersting*, Philosophie, S. 190.

„Zustand des Privatrechts“ identisch mit dem „natürlichen Zustand“.⁴⁶² Aufgrund der Konfliktmöglichkeit im Naturzustand können die privaten Rechtsverhältnisse nur vorläufig, nur „provisorisch“⁴⁶³ geregelt sein. Um die dauerhaften, „peremptorischen“⁴⁶⁴ Rechtsverhältnisse zu schaffen, müssen alle praktische Subjekte aus dem Naturzustand austreten und einen staatlichen, bürgerlichen bzw. öffentlich-rechtlichen Zustand eingehen, in dem die Rechtskonflikte durch die öffentlich-gesetzlichen mit dem Gewaltmonopol ausgestatteten Institutionen endgültig aufgelöst werden können und das Recht des Einzelnen dauerhaft durchgesetzt werden kann.⁴⁶⁵

Weil sich bei *Kant* — anders als bei *Hobbes* — die Konfliktmöglichkeit des Naturzustands in Rechtsbegriffen widerspiegelt⁴⁶⁶ und die privaten Rechte, die aus der *praktischen* Vernunft abzuleiten sind, beständig verwirklicht werden sollen,⁴⁶⁷ schreibt *Kant* die Aufforderung des öffentlichen Rechts aus dem Privatrecht: „Du sollst, im Verhältnis eines unvermeidlichen Nebeneinanderseins mit allen anderen, aus jenem (dem Naturzustand, Anm. der Verf.) heraus in einen rechtlichen Zustand, (...) übergehen“⁴⁶⁸. In den staatlichen Zustand einzutreten ist daher keine Folge der kalkulatorischen Erwägungen der Menschen, sondern die normative Aufforderung des Vernunftrechts des praktischen Subjekts. Daher ist nach *Kantischer* Lehre der Naturzustand normativ überwunden.

b) Unanwendbarkeit des *Kantischen* Staatsbegriffs zur Begründung des staatsbürgerlichen Rechts des Gewahrsamsinhabers im Falle des „Diebesdiebstahls“

Schon im *Kantischen* Naturzustand bzw. im Zustand des Privatrechts vervollkommen sich die materiellen Inhalte der äußeren Rechtspositionen (z.B. Besitz und Eigentum, ursprünglicher Erwerb und Vertrag) und ihre Übertragungsmöglichkeit nach einem durch vernünftigen Denkprozess entstehenden allgemeinen Gesetz.⁴⁶⁹ Mit anderen Worten bedürfen die äußeren privatrechtlichen Positionen keine weitere materiell-inhaltliche Ergänzung im Zustand des öffentlichen Rechts; sie werden nur in ihrer Form durch die staatlichen Struk-

⁴⁶² *Kant*, MdS, Rechtslehre § 41 (S. 423).

⁴⁶³ *Kant*, MdS, Rechtslehre § 9 (S. 366), § 44 (S. 431).

⁴⁶⁴ *Kant*, MdS, Rechtslehre § 9 (S. 367), § 52 (S. 464).

⁴⁶⁵ *Kersting*, Philosophie, S. 190 f.

⁴⁶⁶ *Kersting*, Philosophie, S. 191.

⁴⁶⁷ *Gierhake*, Zusammenhang, S. 96.

⁴⁶⁸ *Kant*, MdS, Rechtslehre § 42 (S. 424).

⁴⁶⁹ Dazu und zum Folgenden vgl. *Gierhake*, Zusammenhang, S. 95; *Niebling*, Staatsrecht, S. 65.

turen abgesichert. Dementsprechend schreibt *Kant*: Die „Materie des Privatrechts“ sei „ebendieselbe“ in beiden Zuständen.⁴⁷⁰

Daher muss sich nach *Kant* das staatsbürgerliche Recht immer auf irgendeine Rechtsposition aus dem privatrechtlichen Zustand beziehen und sie im staatlichen Zustand absichern. Ein vollständig vom Privatrecht losgelöstes staatsbürgerliches Recht ist bei *Kant* undenkbar. In dem Fall, in dem beim Opfer keine konkrete Rechtsposition aus dem privatrechtlichen Zustand verletzt wird, kommt ihm konsequenterweise auch kein staatsbürgerliches Recht zu. Nach *Kant* dient das staatsbürgerliche Recht nicht der Gewährleistung der tatsächlichen Macht, bei der es an vernunftrechtlichen Begründungen mangelt, sondern der Verwirklichung der vernunftrechtlichen Positionen aus dem Naturzustand. Weil im Falle des „Diebesdiebstahls“ der Sacheigentümer keine Eigentumsverletzung erleidet und der bloße Gewahrsamsinhaber nicht berechtigt ist, die Sache in seinem Gewahrsam zu behalten, soll nach *Kantischer* Lehre dem unrechtmäßigen Gewahrsamsinhaber in diesem Fall kein staatsbürgerliches Recht zuteil werden. Mit anderen Worten hat nach dem Staatskonzept *Kants* der reine Gewahrsamsinhaber gegenüber dem weiteren Dieb im Falle des „Diebesdiebstahls“ keinen Anspruch auf ein gesetzlich geregeltes Verfahren. Die *Kantische* Staatslehre liegt daher dem staatsbürgerlichen Recht des rechtswidrigen bloßen Gewahrsamsinhabers in § 242 StGB, das sich völlig vom Schutz der konkreten persönlichen Rechte (aus dem Naturzustand) isolieren kann, nicht zugrunde.

3. Wirklichkeit als Grund vernünftiger praktischer Freiheit — Georg Wilhelm Friedrich Hegel

a) Freiheitsbegriff *Hegels* und Staat als Wirklichkeit der objektiven Freiheit

In der *Hegelschen* Lehre ist das praktische Subjekt nicht bloß ein theoretisch denkendes Wesen. Er will auch, dass sein Denken verwirklicht bzw. praktisch sein kann.⁴⁷¹ „Das Denken als sich übersetzend ins Dasein, als Trieb, sich Dasein zu geben“.⁴⁷² Daher sind nach *Hegel* die im wirklichen Leben realisierten freiheitlichen Verhältnisse diejenigen, die wir erkennen sollen. Bei *Kant* wird das Vernünftige als Ideal für die Wirklichkeit vorausgesetzt; demnach müssen die durch vernünftigen Denkprozess verallgemeinerten Privatrechte im

⁴⁷⁰ *Kant*, MdS, Rechtslehre § 41 (S. 423).

⁴⁷¹ *Hegel*, Enzyklopädie, § 469 (S. 288). Dazu und zum Folgenden vgl. auch *Gierhake*, Zusammenhang, S. 114 f.

⁴⁷² *Hegel*, GPhR, § 4 (S. 47).

staatlichen Zustand beständig durchgesetzt bzw. verwirklicht werden. Im Vergleich dazu geht *Hegel* davon aus, dass die inhaltlich gehaltvolle Konzeption des allgemeinen Guten, das den freien Willen ausmacht, nicht nur durch einen abstrakten Denkprozess des praktischen Subjekts abgeleitet werden kann; sie besteht vielmehr „in der realen Welt, im Gang der Ereignisse, in der Geschichte“⁴⁷³.⁴⁷⁴ „Der freie Geist ist das bewusste Wollen der Freiheit, das heißt (...) einer geist- oder vernunftbestimmten Wirklichkeit als der Welt, in der sich der subjektive Geist wieder finden kann.“⁴⁷⁵

Weil nach *Hegel* die Wirklichkeit die Vernunft schon enthält, ist die Wirklichkeit nicht schlechthin als reales Vorhandensein zu verstehen, sondern immer als „realisierte Vernunft“.⁴⁷⁶ Bei *Hegel* wird die Einheit von Vernunft und Wirklichkeit in diesem Zusammenhang gebildet. Im Gegensatz zur Wirklichkeit bzw. zum verwirklichten Vernünftigen stellt *Hegel* die bloße Erscheinung dar, die als nur vorübergehende, zufällige und bedeutungslose Existenz zu begreifen ist.⁴⁷⁷ Es ist falsch, den Unterschied zwischen Wirklichkeit und Erscheinung in der *Hegelschen* Lehre zu übersehen⁴⁷⁸ und damit das abstrakte „Sollen“ und alles in der Welt Bestehende zu trennen. Wirklichkeit im Sinne *Hegels* bedeutet nicht alles in der Welt Gegebene, sondern nur dasjenige, das die verwirklichte Vernunft des praktischen Subjekts widerspiegeln kann. Demnach liegt die Aufgabe *Hegelscher* Philosophie darin, „die Versöhnung der selbstbewussten Vernunft mit der *seienden* Vernunft, mit der Wirklichkeit hervorzubringen“.⁴⁷⁹

Da nach *Hegel* der freie Geist zur realen Freiheit werden und „Dasein“ (Sich-Gegenüberstehendes⁴⁸⁰) haben will, formuliert *Hegel* das Recht als „Dasein des freien Willens“,⁴⁸¹ also als Sich-Gegenüberstehendes des einen freien Willens und eines anderen freien Willens. Nach der soeben erwähnten Einheit von Vernunft und Wirklichkeit in der *Hegelschen* Lehre ist „Recht (...) nur dann Recht, wenn es Wirklichkeit hat, also das reale Leben durchwirkt und gestaltet, wenn es in diesem Sinne „anwesend“ ist“.⁴⁸²

⁴⁷³ *Braun*, Einführung, S. 329.

⁴⁷⁴ *Pawlik*, Betrug, S. 32 f.

⁴⁷⁵ *Hoffmann*, *Hegel*, S. 412.

⁴⁷⁶ *Braun*, Einführung, S. 329.

⁴⁷⁷ *Hegel*, Enzyklopädie, § 6 (S. 47). Dazu und zum Folgenden vgl. auch *Hösle*, *System*, Bd. 2, S. 417 ff.; *Stübinger*, *Strafrecht*, S. 234 ff.; *Gierhake*, *Zusammenhang*, S. 115 Fn. 285; *Pawlik*, *Der Staat* 41 (2002), S. 183, 188, 189; *Schnädelbach*, *Philosophie*, S. 172.

⁴⁷⁸ Dazu krit. auch *Pawlik*, *Der Staat* 41 (2002), S. 183, 188, 189.

⁴⁷⁹ *Hegel*, Enzyklopädie, § 6 (S. 47).

⁴⁸⁰ *Hegel*, GPhR, § 23 (S. 75).

⁴⁸¹ *Hegel*, GPhR, § 29 (S. 80).

⁴⁸² *Gierhake*, *Zusammenhang*, S. 115.

Dass der freie Wille Dasein haben und in der Rechtsordnung einer Gesellschaft zur verwirklichten Freiheit werden kann, ist bei *Hegel* nur durch das Verhältnis gegenseitiger Anerkennung möglich.⁴⁸³ Das praktische Subjekt, das Freiheit beansprucht, muss diejenige Institution bzw. Rechtsordnung einer Gesellschaft anerkennen, die seinen Freiheitsanspruch verinstitutionalisiert bzw. gesetzlich anerkennt.⁴⁸⁴ Der hier dargelegte Zirkel gegenseitiger Anerkennung stellt keinen formal-logischen Zirkel von Voraussetzung und Folge dar, sondern den geschichtlich-inhaltlichen Zirkel, in dem sich die Argumentation stets bewegt. Der Zirkel gegenseitiger Anerkennung weist darauf hin, dass kein praktisches Subjekt vollständig von seinen sozialen Bedingungen isoliert werden kann, die sein wesentliches Denken ausmachen.

Bei der gesellschaftlichen Struktur, in der die Freiheit des praktischen Subjekts zu realisieren ist, lehnt *Hegel* die Annahme *Kants* ab, wonach die Aufgabe des Staats allein im Schutz des Eigentums und der weiteren konkreten persönlichen Freiheit liegt.⁴⁸⁵ Damit beschränkt sich der Staat *Kants* nur auf Interessenschutz und wird als eine bloße Funktionseinheit bzw. ein bloßer äußerlicher Zusammenhalt⁴⁸⁶ verstanden. Das *Kantische* Staatskonzept stellt nach *Hegelscher* Lehre nur den „Not- und Verstandesstaat“⁴⁸⁷ dar, der ein negativer Staat und eine Entwicklungsvorstufe⁴⁸⁸ der Freiheitsrealisierung ist. Schlussphase der Freiheitsverwirklichung ist nach *Hegel* der substantielle, positive Staat, der keine funktionale Vereinigung der praktischen Subjekte darstellt, sondern das objektiv Vernünftige bzw. den objektiven Willen, der die absolute bzw. vollständige Wirklichkeit von Freiheit erreicht. Im Staat *Hegels* ist die Freiheit das höchste Recht des Einzelnen. Aus diesem Verständnis vom Staat ergibt sich die höchste Pflicht des Einzelnen, Mitglied des Staats zu sein. Dementsprechend schreibt *Hegel*: „Der Staat ist als die Wirklichkeit des substantiellen *Willens*, die er in dem zu seiner Allgemeinheit erhobenen besonderen *Selbstbewußtsein* hat, das an und für sich *Vernünftige*. Diese substantielle Einheit ist absolut unbewegter Selbstzweck, in welchem die Freiheit zu ihrem

⁴⁸³ Dazu und zum Folgenden vgl. Pawlik, Betrug, S. 33 ff.

⁴⁸⁴ Köhler, FS-Lackner, S. 28 f.

⁴⁸⁵ Dazu und zum Folgenden vgl. Gierhake, Zusammenhang, S. 117, 123 f., 134 f. Das *Kantische* Staatskonzept stellt *Hegel* mit der bürgerlichen Gesellschaft (*Hegel*, GPhR, §§ 182 ff. (S. 339 f.)) gleich. Zur Einführung in die *Hegelsche* bürgerliche Gesellschaft vgl. auch Gierhake, Zusammenhang, S. 123 ff.

⁴⁸⁶ *Hegel*, GPhR, §§ 157 (S. 306), 182 ff. (S. 339 f.).

⁴⁸⁷ *Hegel*, GPhR, §§ 182 ff. (S. 339 f.), 258 (S. 401).

⁴⁸⁸ *Hegel* nennt die gesellschaftliche Struktur, in der die Freiheit verwirklicht werden kann, als System der Sittlichkeit, wobei die Sittlichkeit Idee der Freiheit, das lebendige Gute (*Hegel*, GPhR, § 142 (S. 292)) ist. Er unterteilt das System in die Familie, die bürgerliche Gesellschaft und den Staat (*Hegel*, GPhR, § 157 (S. 306)). Vgl. dazu Gierhake, Zusammenhang, S. 122 ff.; Taylor, Hegel, S. 565 ff.

höchsten Recht kommt, so wie dieser Endzweck das höchste Recht gegen die Einzelnen hat, deren *höchste Pflicht* es ist, Mitglieder des Staates zu sein.“⁴⁸⁹

b) Staatskonzept *Hegels* und juristische Praxis in Deutschland als die Begründung staatsbürgerlichen Rechts des Gewahrsamsinhabers in § 242 StGB

Nach *Hegelscher* Lehre ist der Staat die absolute Verwirklichung von Freiheit, weil die Freiheit das höchste Recht des Einzelnen darstellt. Im Staat *Hegels* kommt dem Opfer, der im Streitfall kein konkret persönliches Recht, z.B. Eigentum oder Recht auf Besitz, hat, noch das Recht auf Freiheit zu und zwar das Recht auf staatsbürgerlichen Status. Staatsbürger zu sein, ist im Staat *Hegels* das höchste bzw. fundamentale Recht des Einzelnen und damit die höchste bzw. grundlegende Pflicht des Einzelnen. Daraus ergibt sich, dass der Streit über den freien Handlungsbereich bzw. über den Verantwortlichkeits- oder Zuständigkeitsbereich von Täter und Opfer immer auf einen rechtlich bzw. institutionell vorgesehenen Weg, also in einem gesetzlich geregelten Verfahren gelöst werden muss. Obwohl dem bloßen Gewahrsamsinhaber im Falle des „Diebesdiebstahls“ kein Recht zukommt, die Sache in seinem Gewahrsam zu behalten, hat er nach *Hegelscher* Lehre gegenüber dem weiteren Dieb den grundlegenden staatsbürgerlichen Anspruch, dass ihm der Gewahrsam nur im Wege eines gesetzlich geregelten Verfahrens entzogen werden soll. Nach *Hegelschem* Staatskonzept verletzt der weitere Dieb beim „Diebesdiebstahl“ den staatsbürgerlichen Status des 1. Diebs und vernachlässigt somit die grundlegende Pflicht, Staatsmitglied zu sein.

Seit geraumer Zeit ist der Diebstahl als Delikt gegen die Person einzuordnen. Darüber hinaus ist in § 242 StGB, eindeutig anders als in §§ 248b, 289 StGB, gleichgültig, ob der bloße Gewahrsamsinhaber berechtigt ist, die Sache in Gewahrsam zu behalten. Der Streitfall „Diebesdiebstahl“ bleibt nach überwiegender Auffassung und juristischer Praxis in Deutschland nach § 242 StGB bestraft. Nach den vorhergehenden Auseinandersetzungen der Arbeit ist darauf hinzuweisen, dass die Gewahrsamsverletzung beim „Diebesdiebstahl“ völlig von der Eigentumsverletzung und der Verletzung des konkreten Rechts auf Besitz entkoppelt ist. Aus dem soeben Erwähnten und aus der *Hegelschen* Lehre ergibt sich, dass in § 242 StGB das staatsbürgerliche Recht das einzige zu schützende persönliche Recht des bloßen (rechtmäßigen oder unrechtmäßigen) Gewahrsamsinhabers ist. Die Freiheit des Einzelnen, die in § 242 StGB

⁴⁸⁹ *Hegel*, GPhR, § 258 (S. 399) (Hervorhebung im Original).

durch den Gewahrsamsschutz verwirklicht ist, ist nicht das Eigentumsrecht oder das konkrete Recht auf Besitz, sondern das staatsbürgerliche Recht des bloßen Gewahrsamsinhabers. Nach *Hegel* stellt der durchgesetzte Gewahrsamsschutz gemäß § 242 StGB „Dasein bzw. Wirklichkeit“ des staatsbürgerlichen Rechts des bloßen Gewahrsamsinhabers dar. Im Vergleich dazu ist das Eigentumsrecht und zwar die faktische Ausübungsmöglichkeit des Eigentumsrechts der Schutzgegenstand des § 242 StGB, wenn die Sache unmittelbar vom Eigentümer gestohlen wird. Hier kann man zu dem Schluss kommen, dass das Eigentumsrecht des Eigentümers und das staatsbürgerliche Recht des bloßen Gewahrsamsinhabers die zwei zu schützenden persönlichen Rechte des § 242 StGB sind.

Darüber hinaus soll das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und dem bloßen Gewahrsamsinhaber näher dargelegt werden. In § 242 StGB ist zwar aufgrund der in § 903 BGB konkret geregelten uneingeschränkten Befugnis des Sacheigentümers der vom Eigentümer hervorgebrachte Gewahrsamsentzug gegen den bloßen Gewahrsamsinhaber nicht als Diebstahl zu behandeln, aber in konkreten Fällen zieht der Eigentümer, der dem rechtmäßigen Gewahrsamsinhaber seinen Gewahrsam an der Sache entzieht, die Strafe gemäß §§ 248b, 289 StGB nach sich. Zusammengefasst ist nur der Gewahrsamsentzug, der vom Eigentümer gegenüber dem unrechtmäßigen Gewahrsamsinhaber herbeigeführt wird, nicht strafbar. Mit anderen Worten ist nach §§ 242, 248b, 289 StGB darauf hinzuweisen, dass der Eigentümer die weiteren konkret geregelten persönlichen Rechte des rechtmäßigen Gewahrsamsinhabers gemäß §§ 248b, 289 StGB respektieren muss, aber die vom Eigentümer durch Gewahrsamsentzug herbeigeführte Missachtung des staatsbürgerlichen Rechts des unrechtmäßigen Gewahrsamsinhabers strafrechtlich unauffällig ist. Beim Konflikt vom Eigentum und dem staatsbürgerlichen Recht des unrechtmäßigen Gewahrsamsinhabers entscheidet der Gesetzgeber durch §§ 242, 248b, 289 StGB, dass vor dem staatsbürgerlichen Recht des unrechtmäßigen Gewahrsamsinhabers das Eigentumsrecht, das die im Staat konkret verinstitutionalisierte persönliche Freiheit und somit in ihm auch das staatsbürgerliche Recht des Eigentümers enthalten ist, Vorrang hat.

Schlussfolgerung

Die Aufgabe des Strafrechts bei Delikten gegen die Person ist die Gewährleistung der rechtlichen persönlichen Freiheit. Beim Rechtsgut der Person geht es immer darum, in welchem Umfang ein Interesse von einer Person gegen eine andere Person den rechtlichen Schutz genießt. Demnach muss die Rechtsgutslehre bei Delikten gegen die Person verknüpft werden mit der Lehre des Verantwortlichkeits- oder Zuständigkeitsbereichs von Täter und Opfer. Infolgedessen hängt die Frage, ob der „Diebesdiebstahl“ gemäß § 242 StGB bestraft bleiben soll, immer davon ab, ob dem bestohlenen Dieb ein Stück rechtlich geschützte Freiheit entzogen wird. Nach den Auseinandersetzungen der Arbeit kann man zu dem Schluss kommen, dass das Eigentumsrecht des Eigentümers und das staatsbürgerliche Recht des bloßen Gewahrsamsinhabers die zwei zu schützenden persönlichen Rechte des § 242 StGB sind. Weil der Endzweck der Rechtsgutstheorie den Schutz der persönlichen Freiheit darstellt, wird aufgrund der Auseinandersetzungen innerhalb der Arbeit der Rechtsgüterschutzgedanke nicht völlig *abgelehnt*, vielmehr können die freiheitsgesetzlichen Mängel der Rechtsgutstheorie durch die Diskussion der Arbeit behoben werden.

Literaturverzeichnis

- Alexy, Robert*, Individuelle Rechte und kollektive Güter, in Aulis Aarnio (u.a.) (Hrsg.) Aktuelle Probleme der Demokratie, Wien 1989, S. 49 ff. (Zit.: *Alexy, Rechte*)
- Allfeld, Philipp* (u.a.), Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl., Erlangen (u.a.) 1922. (Zit.: *Allfeld/Meyer, Lehrbuch*)
- Amelung, Knut*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage, Frankfurt am Main 1972. (Zit.: *Amelung, Rechtsgüterschutz*)
- Apel, Karl-Otto*, Diskursethik als Verantwortungsethik und das Problem der ökonomischen Rationalität, in: Bernd Biervert (u.a.) (Hrsg.), Sozialphilosophische Grundlagen ökonomischen Handelns, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1992, S. 121 ff. (Zit. *Apel, Diskursethik*)
- Appel, G. Heinz*, Die Verbrechen der Gefährdung von Leib und Leben nach deutschem Recht, Ein Beitrag zur Dogmatik und Geschichte der Gefährdungsdelikte, Diss. jur., Köln 1930. (Zit.: *Appel, Verbrechen*)
- Arzt, Gunther*, Zum Zweck und Mittel der Nötigung, in: Günter Stratenwerth (u.a.) (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin (u.a.) 1974, S. 823 ff. (Zit.: *Arzt, FS-Welzel*)
- ders.*, Zwischen Nötigung und Wucher, in: Wilfried Küper (u.a.) (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, Berlin (u.a.) 1987, S. 642 ff. (Zit.: *Arzt, FS-Lackner*)
- Backmann, Leonhard*, Die Abgrenzung des Betrugs von Diebstahl und Unterschlagung, Köln (u.a.), 1974. (Zit.: *Backmann, Abgrenzung*)
- Bamberger, Heinz Georg* (u.a.) (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, §§ 611-1296, AGG, ErbbauVO, WEG, 2. Aufl., München 2008. (Zit.: *Bamberger/Roth-Bearbeiter*)
- von Bar*, Über die rechtliche Natur des Strafantrages des Verletzten bei den sog. Antragsdelikten, GA 19 (1871), S. 641 ff.
- Baruzzi, Arno*, Philosophie der Lüge, Darmstadt 1996. (Zit.: *Baruzzi, Philosophie*)

- Basak, Denis*, Die Tathandlung der Unterschlagung, Die Diskussion um den Zueignungsbegriff seit der Neufassung des § 246 StGB, GA 2003, S. 109 ff.
- Bassenge, Peter*, Der allgemeine strafrechtliche Gefahrbegriff und seine Anwendung im zweiten Teil des Strafgesetzbuches und in den strafrechtlichen Nebengesetzen, Diss. jur., Bonn 1961. (Zit.: *Bassenge*, Gefahrbegriff)
- Baur, Jürgen F. (u.a.)*, Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009. (Zit.: *Baur/Stürner*, Sachenrecht)
- Bender, Karl*, Können juristische Personen strafrechtlichen Besitz (Gewahrsam) haben?, Ein Beitrag zur Gewahrsamslehre, Karlsruhe 1907. (Zit.: *Bender*, Gewahrsam)
- Berner, Albert Friedrich*, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, 18. Aufl., Leipzig 1898. (Zit.: *Berner*, Lehrbuch)
- Beulke, Werner*, Strafprozessrecht, 11. Aufl., Heidelberg (u.a.) 2010. (Zit.: *Beulke*, Strafprozessrecht)
- Binding, Karl*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil 1, 2. Aufl., Leipzig 1902. (Zit.: *Binding*, BT 1)
- Birkmeyer, Karl (u.a.)* (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, Besonderer Teil, Band 6, Berlin 1907. (Zit.: *Birkmeyer*, Darstellung, BT 6)
- Bittner, Wolfgang*, Der Gewahrsamsbegriff und seine Bedeutung für die Systematik der Vermögensdelikte, Diss. jur., Göttingen 1972 (Zit.: *Bittner*, Gewahrsamsbegriff)
- ders.*, Zur Abgrenzung von Trickdiebstahl, Betrug und Unterschlagung, JuS 1974, S. 156 ff.
- Bockelmann, Paul*, Der Unrechtsgehalt des Betrugs, in: Probleme der Strafrechtserneuerung, Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag dargebracht, Berlin 1944, S. 226 ff. (Zit.: *Bockelmann*, FS-Kohlrausch)
- Bockelmann, Paul*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, Vermögensdelikte, 2. Aufl., München 1982. (Zit.: *Bockelmann*, BT 1)
- Boehmer, Gustav*, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Erstes Buch: Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung, Tübingen 1950. (Zit.: *Boehmer*, Grundlagen 1)

- Boldt, Gottfried*, Pflichtwidrige Gefährdung im Strafrecht, ZStW 55 (1935), S. 44 ff.
- Bommer, Felix*, Grenzen des strafrechtlichen Vermögensschutzes bei rechts- und sittenwidrigen Geschäften, Bern 1996. (Zit.: *Bommer*, Grenzen)
- Braun, Johann*, Einführung in die Rechtsphilosophie, Der Gedanke des Rechts, Tübingen 2006. (Zit.: *Braun*, Einführung)
- Brauweiler, Heinrich*, Der Vermögensbegriff im Privat- und Strafrecht, Diss. jur., Erlangen 1910. (Zit.: *Brauweiler*, Vermögensbegriff)
- Bruns, Hans-Jürgen*, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, Beiträge zu einer selbständigen, spezifisch strafrechtlichen Auslegungs- und Begriffsbildungsmethodik, Berlin 1938. (Zit.: *Bruns*, Befreiung)
- ders.*, Gilt die Strafrechtsordnung auch für und gegen Verbrecher untereinander?, in: Karl Engisch (u.a.) (Hrsg.), Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, München (u.a.) 1954, S. 335 ff. (Zit.: *Bruns*, FS-Mezger)
- ders.*, Bindet die Rechtskraft deklaratorischer Urteile der Zivil- und Verwaltungsgerichte auch den Strafrichter?, Ein Beitrag zur Präzisierung der Problemstellung an Hand der Entscheidung BGHSt. 5, 106, in: Leo Rosenberg (u.a.) (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag, München 1957, S. 107 ff. (Zit.: *Bruns*, FS-Lent)
- ders.*, Die sog. „tatsächliche“ Betrachtungsweise im Strafrecht, Ihre methodische Bedeutung und ihr praktischer Anwendungsbereich, JR 1984, S. 133 ff.
- Bundestags-Drucksache 13/8587. (Zit.: BT-Ds 13/8587)
- Busch, Richard*, Die systematische Behandlung der sog. Vermögensdelikte im kommenden Strafrecht, ZStW 56 (1937), S. 676 ff.
- Büttner, Siegfried*, Zur unehelichen Vaterschaft, ZZP 71 (1958), S. 1 ff.
- Cadus, Joachim-M.*, Die faktische Betrachtungsweise, Ein Beitrag zur Auslegung im Strafrecht, Berlin 1984. (Zit.: *Cadus*, Betrachtungsweise)
- Cramer, Peter*, Grenzen des Vermögensschutzes im Strafrecht – OLG Hamburg, NJW 1966, 1525, JuS 1966, S. 472 ff.
- ders.*, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, Bad Homburg v.d.H. (u.a.) 1968. (Zit.: *Cramer*, Vermögensbegriff)

- Dochow*, Die Antragsdelikte im Reichsstrafrecht, in: Franz von Holtzendorff (Hrsg.), Handbuch des deutschen Strafrechts, Band 4, Berlin 1877, S. 237 ff. (Zit.: *Dochow*, HH 4)
- Doerr, Friedrich*, Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen, Breslau 1897. (Zit.: *Doerr*, Objekt)
- Ecker, Bruno*, Der strafrechtliche Schutz des Vermögens gegenüber Betrug bei unsittlichen und rechtswidrigen Rechtsgeschäften, Diss. jur., Rostock 1915. (Zit.: *Ecker*, Schutz)
- Eckstein, Ernst*, Streitfragen aus der Lehre vom strafbaren und straflosen Betrüge, GA 58 (1911), S. 66 ff.
- ders.*, Über den Begriff der strafrechtlichen Zueignung, GS 80 (1913), S. 283 ff.
- Eisele, Jörg*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, Eigentumsdelikte, Vermögensdelikte und Urkundendelikte, Stuttgart 2009. (Zit.: *Eisele*, BT 2)
- Escher, Heinrich*, Die Lehre von dem strafbaren Betrüge und von der Fälschung, Nach römischem, englischem und französischem Rechte und den neueren deutschen Gesetzgebungen, Zürich 1840. (Zit: *Escher*, Lehre)
- Eser, Albin (u.a.)*, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., München 2014. (Zit.: Sch/Sch-Bearbeiter)
- Felber, Roland*, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen, Zugleich ein Beitrag zur ratio des Notwehrrechts, München 1979. (Zit.: *Felber*, Rechtswidrigkeit)
- Fezer, Gehard*, Zur jüngsten Auseinandersetzung um das Rechtsgut des § 240 StGB, GA 1975, S. 353 ff.
- ders.*, Zur Rechtsgutsverletzung bei Drohungen – Neue Tatbestände zum Schutz der persönlichen Freiheit? –, JR 1976, S. 95 ff.
- Finger, August*, Der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht, Prag 1889. (Zit: *Finger*, Begriff)
- ders.*, Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht, in: August Hegler (Hrsg.), Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Band 1, Tübingen 1930, S. 230 ff. (Zit.: *Finger*, FG-Frank 1)
- Foth, Heinrich*, Betrug und illegales Rechtsgeschäft, Eine kritische Bestandsaufnahme, GA 1966, S. 33 ff.

- Frank, Reinhard*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst der Einführungsgesetze, 14. Aufl. Tübingen 1919 (Zit.: *Frank*, Strafgesetzbuch, 14. Aufl.)
- ders.*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, 18. Aufl., Tübingen 1931. (Zit.: *Frank*, Strafgesetzbuch, 18. Aufl.)
- Frisch, Wolfgang*, Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens, in: Roland Hefendehl (u.a.) (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 215 ff. (Zit.: *Frisch*, Rechtsgut)
- Gallas, Wilhelm*, Der Betrug als Vermögensdelikt, in: Paul Bockelmann (u.a.) (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Band 2, Göttingen 1961, S. 401 ff. (Zit.: *Gallas*, FS-Eb. Schmidt)
- ders.*, Abstrakte und konkrete Gefährdung, in: Hans Lüttger (Hrsg.), Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, Berlin 1972, S. 171 ff. (Zit.: *Gallas*, FS-Heinitz)
- Geismann, Georg*, „Kant als Vollender von Hobbes und Rousseau“ Der Staat Band 21(1982), S. 161 ff.
- Gemmer, Karlheinz*, Tendenzen zur Erweiterung des Vermögensbegriffs beim Betrug, Diss. jur., Mainz 1964. (Zit.: *Gemmer*, Tendenzen)
- Gerland, Heinrich Balthasar*, Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin (u.a.) 1922. (Zit.: *Gerland*, Reichsstrafrecht (1922))
- ders.*, Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl., Berlin (u.a.) 1932. (Zit.: *Gerland*, Reichsstrafrecht, 2. Aufl.)
- Gierk, Erich*, Die widerlegbaren Rechtsvermutungen im heutigen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Vermutungen aus § 891 und § 2365 B. G. B., Diss. jur., Rostock 1927. (Zit.: *Gierk*, Rechtsvermutungen)
- Gierhake, Katrin*, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht, Eine Untersuchung zu den Grundlagen und Kriterien legitimer Terrorismusprävention, Berlin 2013. (Zit.: *Gierhake*, Zusammenhang)
- Glaser, Julius*, Handbuch des Strafprozesses, Band 2, Leipzig 1885. (Zit.: *Glaser*, Handbuch/2)

Goetzeler, Richard, Die rechtsstaatliche Funktion des Gesetzes in ihrem Verhältnis zur Gerechtigkeitsidee und zur Praktikabilität auf dem Gebiet des Strafrechts, ZStW 63 (1951), S. 83 ff.

Goldmann, Max, Über den Unterschied zwischen der Vermutung einer Tatsache und der Vermutung eines Rechtsverhältnisses, Diss. jur., Breslau 1913. (Zit.: *Goldmann*, Unterschied)

Gössel, Karl Heinz, Über die Vollendung des Diebstahls, ZStW 85 (1973), S. 591 ff.

ders., Vom Scheckbetrug zum Scheckkartenbetrug? MDR 1973, S. 177 ff.

ders., Strafrecht, Besonderer Teil, Band 2, Heidelberg 1996. (Zit.: *Gössel*, BT 2)

Graul, Eva, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, Berlin 1991. (Zit.: *Graul*, Gefährdungsdelikte)

Greco, Luís, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, Berlin 2009. (Zit.: *Greco*, Lebendiges und Totes)

Grünhut, Max, Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen, in: *Otto Schreiber* (Hrsg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929), Band 5, Berlin (u.a.) 1929, S. 116 ff. (Zit.: *Grünhut*, FG-RG)

Gryziecki, Felix, Studien über den strafbaren Betrug, Lemberg 1870. (Zit.: *Gryziecki*, Studien)

Haffke, Bernhard, Mitgewahrsam, Gewahrsamsgehilfenschaft und Unterschlagung, GA 1972, S. 225 ff.

Haft, Fritjof (u.a.), Strafrecht, Besonderer Teil 1, 9. Aufl., München 2009. (Zit.: *Haft/Hilgendorf*, BT 1)

Hälschner, Hugo, Das preußische Strafrecht, Band 2, Teilband 2, Bonn 1868. (Zit.: *Hälschner*, Das preußische Strafrecht 2/2)

ders., Das gemeine deutsche Strafrecht, Band 2, Teilband 1, Bonn 1884. (Zit.: *Hälschner*, Das deutsche Strafrecht 2/1)

Hansen, Uwe, Die tatbestandliche Erfassung von Nötigungsunrecht, Ba-

- den-Baden 1972. (Zit.: *Hansen*, Erfassung)
- Hartung, Frank*, Besitz und Sachherrschaft, Berlin 2001. (Zit.: *Hartung*, Besitz)
- Harzer, Regina*, Der Naturzustand als Denkfigur moderner praktischer Vernunft, Frankfurt am Main 1994. (Zit. *Harzer*, Naturzustand)
- Hassemer, Winfried*, Buchbesprechung von *Amelung, Knut*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1972, ZStW 87 (1975), S. 146 ff.
- ders.*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Frankfurt am Main 1973. (Zit.: *Hassemer*, Theorie)
- Hedemann, Justus Wilhelm*, Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches, Jena 1904. (Zit.: *Hedemann*, Vermutung)
- Hefendehl, Roland*, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, Das vom Zivilrecht konstituierte und vom Bilanzrecht konkretisierte Herrschaftsprinzip als Grundlage des strafrechtlichen Vermögensbegriffs, Berlin 1994. (Zit.: *Hefendehl*, Vermögensgefährdung)
- ders.*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln (u.a.) 2002. (Zit.: *Hefendehl*, Rechtsgüter)
- ders.*, (u.a.) (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4, München 2006. (Zit.: *MK-Bearbeiter*, 1. Aufl.)
- ders.*, (u.a.) (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5, 2. Aufl., München 2014. (Zit.: *MK-Bearbeiter*)
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, aus Georg Wilhelm Friedrich Hegel: Werke, hrsg. von Eva Moldenhauer/Karl Markus Michel, Band 8, Frankfurt am Main 1979. (Zit.: *Hegel*, Enzyklopädie)
- ders.*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, aus Georg Wilhelm Friedrich Hegel: Werke, hrsg. von Eva Moldenhauer/Karl Markus Michel, Band 7, Frankfurt am Main 1979. (Zit.: *Hegel*, GPhR)
- Heghmanns, Michael*, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil, Berlin (u.a.) 2009. (Zit.: *Heghmanns*, BT)
- Heiderich, Freimut*, Die Entwicklung von Rechtsprechung und Lehre zum Betrug im Rahmen gesetz- und sittenwidriger Geschäfte, Diss. jur., Mainz

1963. (Zit.: *Heiderich*, Entwicklung)
- v. *Heintschel-Heinegg, Bernd* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 08.03.2013, Edition: 22, München. (Zit.: *BeckOK-Bearbeiter*)
- ders.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, München 2003 (Zit.: *MK-Bearbeiter*)
- Hellwig, Konrad*, Die Verträge auf Leistung an Dritte, Nach deutschem Reichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Handelsgesetzbuchs, Leipzig 1899. (Zit.: *Hellwig*, Verträge)
- Henckel, Hans*, Der Gefahrbegriff im Strafrecht, Breslau 1930. (Zit.: *Henckel*, Gefahrbegriff)
- Herrmann, Helmut*, Zum Begriff der Gefahr, insbesondere der Gemeingefahr im deutschen Strafrecht, Düsseldorf 1939. (*Herrmann*, Begriff)
- Herzberg, Rudolf Dietrich*, Die nötige Gewalt (§ 240 StGB) – Probleme der begrifflichen Ein- und Abgrenzung –, GA 1997, S. 251 ff.
- Heubel, Horst*, Grundprobleme des Diebstahltatbestandes, JuS 1984, S. 445 ff.
- Hirsch, Hans Joachim*, Tatstrafrecht – ein hinreichend beachtetes Grundprinzip?, in: Cornelius Prittwitz (u.a.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2002, S. 253 ff. (Zit.: *Hirsch*, FS-Lüderssen)
- ders.*, Systematik und Grenzen der Gefahrdelikte, in: Ulrich Sieber (u.a.) (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Köln (u.a.) 2008, S. 145 ff. (Zit.: *Hirsch*; FS-Tiedemann)
- Hirschberg, Rudolf*, Der Vermögensbegriff im Strafrecht, Versuch eines Systems der Vermögensdelikte, Berlin 1934. (Zit.: *Hirschberg*, Vermögensbegriff)
- Hobbes, Thomas*, Naturrecht und allgemeines Staatsrecht in den Anfangsgründen, Berlin 1926. (Zit.: *Hobbes*, Naturrecht)
- ders.*, Vom Bürger, in: Günter Gawlick (Hrsg.), Vom Menschen. Vom Bürger, 2. Aufl., Hamburg 1966. (Zit.: *Hobbes*, Vom Bürger)
- ders.*, Leviathan, in: Iring Fetscher (Hrsg.), Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates, 14. Aufl., Frankfurt am

- Main 2008. (Zit.: *Hobbes, Leviathan*)
- Hofbeck, Julius*, Der Charakter des Betrugs, Ein Delikt gegen das Vermögen oder die Redlichkeit im Geschäftsverkehr, Diss. jur., München 1954. (Zit.: *Hofbeck, Charakter*)
- Hoffmann, Thomas Sören*, Georg Friedrich Wilhelm Hegel, Eine Propädeutik, Wiesbaden 2004. (Zit.: *Hoffmann, Hegel*)
- Höffe, Otfried*, „Wissenschaft im Dienst freier Selbsterhaltung?, Zum Theorie –Praxis-Verhältnis in Thomas Hobbes’ Staatsphilosophie“, in: Udo Bernbach (u.a.) (Hrsg.), Furcht und Freiheit, Leviathan — Diskussion 300 Jahre nach Thomas Hobbes, Opladen 1982, S. 30 ff.
- ders.*, Proto-Strafrecht: Programm und Anfragen eines Philosophen, in: Albin Eser (u.a.) (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, Dokumentation einer Tagung vom 3. - 6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, München 2000, S. 307 ff. (Zit.: *Höffe, Proto-Strafrecht*)
- Hohmann, Olaf (u.a.)*, Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (6 StrRG): Harmonisiertes Strafrecht?, NStZ 1998, S. 273 ff.
- ders.*, Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 22. 12. 1999, NStZ 2000, S. 258 f.
- ders. (u.a.)*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 3. Aufl., München 2011. (*Hohmann/Sander, BT 1*)
- Honig, Richard M.*, Die Einwilligung des Verletzten, Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage, Band 1, Mannheim (u.a.) 1919. (Zit.: *Honig, Einwilligung*)
- Hörnle, Tatjana*, Die wichtigsten Änderungen des Besonderen Teils des StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts, Jura 1998, S. 169 ff.
- Hösle, Vittorio*, Hegels System, Der Idealismus der Subjektivität und das Problem der Intersubjektivität, Band 2, Hamburg 1988. (Zit.: *Hösle, Hegel, Bd. 2*)
- Hruschka, Joachim*, Hehlerei und sachliche Begünstigung, Probleme zweier unfertiger Deliktskategorien, JR 1980, S. 221 ff.
- Jagus, Heinrich (u.a.)* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Band

- 2, 8. Aufl., Berlin 1958. (Zit.: *LK-Bearbeiter*, 8. Aufl.)
- Jähnke, Burkhard (u.a.)* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Band 6, 11. Aufl., Berlin 2005. (Zit.: *LK-Bearbeiter*, 11. Aufl.)
- Jakobs, Günther*, Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt, in: Jürgen Baumann, Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 69 ff. (Zit.: *Jakobs*, FS-Peters)
- ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin (u.a.) 1991. (Zit.: *Jakobs*, AT)
- ders.*, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen“ Strafrechts?, ZStW 107 (1995), S. 843 ff.
- ders.*, Zum Begriff des Delikts gegen die Person, in: Klaus Bernsmann (u.a.) (Hrsg.), Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, Vorträge anlässlich des Symposions zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen am 12./13.10.2001, Köln (u.a.) 2003, S. 63 ff. (Zit.: *Jakobs*, Geilen-Symposion)
- ders.*, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Berlin 2008. (Zit.: *Jakobs*, Norm)
- Jescheck, Hans-Heinrich (u.a.)* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Band 6, 10. Aufl., Berlin (u.a.) 1988. (Zit.: *LK-Bearbeiter*, 10. Aufl.)
- v. Jhering, Rudolf*, Über den Grund des Besitzschutzes, Eine Revision der Lehre vom Besitz, 2. Aufl., Jena 1869 (Nachdruck Aalen 1968). (Zit.: *v. Jhering*, Grund)
- ders.*, Der Besitz, JherJb 32 (1893), S. 41 ff.
- Kant, Immanuel*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, aus Immanuel Kant: Werke in zwölf Bänden, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band 7, Frankfurt am Main 1977. (Zit.: *Kant*, GMdS)
- ders.*, Die Metaphysik der Sitten, aus Immanuel Kant: Werke in zwölf Bänden, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band 8, Frankfurt am Main 1977. (Zit.: *Kant*, MdS)
- ders.*, Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken, Band XIX: Handschriftlicher Nachlaß, Moralphilosophie, Rechtsphilosophie und Religionsphilosophie. (Abrufbar am 20.06.2016 unter

<https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa19/>) (Zit.: *Kant*, Ak-Ausg., Bd. XIX)

Kargl, Walter, Gewahrsamsbegriff und elektronische Warensicherung, JuS 1996, S. 971 ff.

ders., Friedenssicherung durch Strafrecht, Teleologische Strafrechtfertigung am Beispiel der Tötungsdelikte, ARSP 82 (1996), S. 485 ff.

ders., Der strafrechtliche Vermögensbegriff als Problem der Rechtseinheit, JA 2001, S. 714 ff.

Kern, Eduard, Die Aussetzung des Strafverfahrens zur Klärung präjudizieller Fragen nach § 262 Abs. 2 StPO, in: Otto Schreiber (Hrsg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Okt.1929), Band 5, Berlin (u.a.) 1929, S. 131 ff. (Zit.: *Kern*, FG-RG)

Kersting, Wolfgang, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, Dramstadt 1994. (Zit.: *Kersting*, Philosophie)

Kindhäuser, Urs, Gefährdung als Straftat, Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Frankfurt am Main 1989. (Zit.: *Kindhäuser*, Gefährdung)

ders., Rechtstreue als Schuldkategorie, ZStW 107 (1995), S. 701 ff.

ders., Zum Tatbestand der Unterschlagung (§ 246 StGB), in: Dieter Dölling (u.a.) (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2002, S. 451 ff. (Zit.: *Kindhäuser*, FS-Gössel)

ders., Lehrbuch des Strafrechts, Besonderer Teil 2, Straftaten gegen Vermögensrechte, 3. Aufl., Baden-Baden 2003. (Zit.: *Kindhäuser*, BT 2)

ders. (u.a.) (Hrsg.), Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3, 4. Aufl., Baden-Baden 2013. (Zit.: *NK-Bearbeiter*)

ders. (u.a.) (Hrsg.), Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 2. Aufl., Baden-Baden 2005 (Zit.: *NK-Bearbeiter*)

Klebs, Zur Lehre von den sog. Antragsverbrechen und –vergehen, GA 19 (1871), S. 569 ff.

Klee, Ist die Lieferung unwirksamer Abtreibungsmittel Betrug? DStrR 85 (1941), S. 46 ff.

- Klinkhammer, Frank*, Der Besitz als Gegenstand des Bereicherungsanspruchs, Berlin 1997. (Zit.: *Klinkhammer*, Besitz)
- Kloepfer, Michael (u.a.)*, Umweltstrafrecht, 2. Aufl., München 2002. (Zit.: *Kloepfer/Vierhaus*, Umweltstrafrecht)
- Kohler, Josef*, Technik der Gesetzgebung, AcP 96 (1905), S. 345 ff.
- Köhler, Michael*, Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis, Die Aufhebung der abstrakten Straftheorie am Leitfaden der Hegelschen Rechtsphilosophie, in: Wilfried Küper (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, Berlin (u.a.) 1987, S. 11 ff. (Zit.: *Köhler*, FS-Lackner)
- Kohlrausch, Eduard (u.a.)*, Kohlrausch-Lange Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43. Aufl., Berlin 1961. (Zit.: *Kohlrausch/Lange*, Strafgesetzbuch)
- Koriath Heinz*, Zum Streit um die Gefährdungsdelikte, GA 2001, S. 51 ff.
- Köstlin, Reinhold*, Über die Grenzen zwischen dem strafbaren und dem bloß civilrechtlich zu verfolgenden Betrüge, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, N.F., Band 14 (1857), S. 294 ff.
- ders.*, System des deutschen Strafrechts, Band 2, Abhandlungen aus dem Strafrechte, Tübingen 1858. (Zit.: *Köstlin*, Abhandlungen)
- Krey, Volker*, Probleme der Nötigung mit Gewalt am Beispiel von Sitzblockaden und sexueller Gewalt – „Blick zurück in Zorn“ –, in Bundeskriminalamt (Hrsg.), Was ist Gewalt?, – Auseinandersetzungen mit einem Begriff –, Band 3, Wiesbaden 1989, S. 35 ff. (Zit.: *Krey*, BKA III)
- ders./Hellmann, Uwe*, Strafrecht, Besonderer Teil, Band 2, Vermögensdelikte, 14. Aufl., Stuttgart 2005 (Zit.: *Krey/Hellmann*, BT 2)
- Kühl, Kristian*, Umfang und Grenzen des strafrechtlichen Vermögensschutzes, JuS 1989, S. 505 ff.
- ders. (u.a.)*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., München 2011. (Zit.: *Lackner/Kühl*)
- Kühne, Hans-Heiner*, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 8. Aufl., Heidelberg (u.a.) 2010. (Zit.: *Kühne*, Strafprozessrecht)
- Kuttner, Georg*, Rechtsvermutungen aus Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit,

- JherJb 61 (1912), S.109 ff.
- Lackner, Karl*, Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht, Berlin 1967. (Zit.: *Lackner*, Gefährdungsdelikt)
- Lampe, Ernst-Joachim*, Objektiver und subjektiver Tatbestand beim Diebstahl, GA 1966, S. 225 ff.
- ders.*, Zum Gewahrsamsbegriff, speziell zur Erforderlichkeit eines natürlichen Gewahrsamswillens, JR 1986, S. 294 ff.
- Laternser, Hans*, Die Vermutungen des § 1362 BGB und ihre Tragweite, Diss. jur., Marburg 1931. (Zit.: *Laternser*, Vermutungen)
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm (u.a.)* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Band 1, 12. Aufl., Berlin 2007. (Zit.: *LK-Bearbeiter*)
- Lauterburg, W.*, Zur Abgrenzung der strafbaren Vermögenszueignung und ihrer Hauptformen, ZStrR 6 (1893), S. 169 ff.
- Leipold, Dieter*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten, Berlin 1966. (Zit.: *Leipold*, Beweislastregeln)
- Lenckner, Theodor*, Zum Problem des Vermögensschadens (§§ 253, 263 StGB) beim Verlust nichtiger Forderungen, JZ 1967, S. 105 ff.
- Leonhard, Franz*, Die Beweislast, 2. Aufl., Berlin 1926. (Zit.: *Leonhard*, Beweislast)
- Lesch, Heiko H.*, Das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG), JA 1998, S. 474 ff.
- Lobe, Adolf*, Über den Einfluss des BGB auf das Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Besitzes, Leipzig 1899. (Zit.: *Lobe*, Einfluss)
- Lopau, Eberhard*, Der Rechtsschutz des Besitzes, JuS 1980, S. 501 ff.
- Maiwald, Manfred*, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, Heidelberg 1970. (Zit.: *Maiwald*, Zueignungsbegriff)
- Maurach, Reinhart (u.a.)*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 8. Aufl., Heidelberg (u.a.) 1992. (Zit.: *Maurach/Zipf*, AT 1)
- ders. (u.a.)*, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 10. Aufl., Heidelberg 2009. (Zit.: *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1)

- Mayer, Hellmuth*, Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen, München (u.a.) 1926. (Zit.: *Mayer, Untreue*)
- ders.*, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 26. 7. 1957, JZ 1958, S. 282 ff.
- ders.*, Zum Begriff der Wegnahme, JZ 1962, S. 617 ff.
- Medicus, Dieter*, Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadensersatz, AcP 165 (1965), S. 115 ff.
- ders. (u.a.)*, Bürgerliches Recht, Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 23. Aufl., München 2011. (Zit.: *Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht*)
- Merkel, Adolf*, Kriminalistische Abhandlungen: II. Die Lehre vom strafbaren Betrüge, Leipzig 1867. (Zit.: *Merkel, Abhandlungen II*)
- ders.*, Die Eigentumsverletzungen, in: Franz von Holtzendorff (Hrsg.), Handbuch des deutschen Strafrechts, Band 3, Teilband 2, Berlin 1874, S. 619 ff., 750 ff. (Zit.: *Merkel, HH 3/2*)
- Meyer, Andreas H.*, Die Gefährlichkeitsdelikte, Ein Beitrag zur Dogmatik der "abstrakten Gefährdungsdelikte" unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, Münster (u.a.) 1992. (Zit.: *Meyer, Gefährlichkeitsdelikte*)
- Meyer-Gerhards, G.*, Verkehrsgefährdung und tätig Reue – OLG Düsseldorf, NJW 1971, 1850, JuS 1972, S. 506 ff.
- Meyer-Goßner, Lutz*, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 54. Aufl., München 2011. (Zit.: *Meyer-Goßner*)
- Mincke, Wolfgang*, Forderungsrechte als „sonstige Rechte“ i.S. des § 823 Abs. 1 BGB, JZ 1984, S. 862 ff.
- Mitsch, Wolfgang*, Strafrecht Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte (Kernbereich), Teilband 1, 2. Aufl., Berlin (u.a.) 2003. (Zit.: *Mitsch, BT 2/1*)
- Nagler, Johannes*, Bezugsscheine als Objekte von Vermögensverbrechen, ZAKDR 1941, S. 294 ff.
- Nelles, Ursula*, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften, Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff, Berlin 1991. (Zit.: *Nelles, Untreue*)

- Nick, Hans H.*, Gefahr und Gefährdungsvorsatz im Hinblick auf ein Gefährdungsstrafrecht, Diss. jur., Marburg 1937. (Zit.: *Nick*, Gefahr)
- Niebling, Christian*, Das Staatsrecht in der Rechtslehre Kants, München 2005. (Zit.: *Niebling*, Staatsrecht)
- Niggli, Marcel Alexander*, Das Verhältnis von Eigentum, Vermögen und Schaden nach schweizerischem Strafrecht, Dargelegt am Beispiel der Sachbeschädigung nach geltendem Recht und dem Entwurf 1991, Zürich 1992. (Zit.: *Niggli*, Verhältnis)
- Oppenhoff, Friedrich Christian (u.a.)*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungs-Gesetze vom 31. Mai 1870 und dem Einführungs-Gesetze für Elsaß-Lothringen vom 30. August 1871, 14. Aufl., Berlin 1901. (Zit.: *Oppenhoff*, Strafgesetzbuch)
- Oppermann, Helmut*, Schadensersatz aus unerlaubter Handlung wegen Verletzung des Besitzes, Diss. jur., Göttingen 1958. (Zit.: *Oppermann*, Schadensersatz)
- Ostheimer, Lothar*, Ist der Gewahrsam ein Rechtsgut des § 242 StGB?, Diss. jur., Frankfurt am Main 1966. (Zit.: *Ostheimer*, Gewahrsam)
- Otto, Harro*, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, Berlin 1970. (Zit.: *Otto*, Struktur)
- ders.*, Die Erweiterung der Zueignungsmöglichkeiten in den §§ 242, 246 StGB durch das 6. StrRG, Jura 1998, S. 550 ff.
- ders.*, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl., Berlin (u.a.) 2005. (Zit.: *Otto*, BT)
- Pawlik, Michael*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, Köln (u.a.) 1999. (Zit.: *Pawlik*, Betrug)
- ders.*, „Hegel und die Vernünftigkeit des Wirklichen“, Der Staat 41 (2002), S. 183 ff.
- ders.*, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, Berlin 2004. (Zit.: *Pawlik*, Person)
- ders.*, Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen, in: Klaus Rogall (u.a.) (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, München 2004, S. 213 ff. (Zit.: *Pawlik*, FS-Rudolphi)

- Plósz, Alexander*, Zwei Vorträge aus dem ungarischen Zivilprozessrecht, Berlin 1917. (Zit.: *Plósz*, Vorträge)
- Prühß, Karl*, Das verletzte Schutzobjekt beim Diebstahl, Diss. jur., Freiburg im Breisgau 1902. (Zit.: *Prühß*, Schutzobjekt)
- Pütz, Willi*, Der Gefahrbegriff im Strafrecht, Diss. jur., Köln 1936. (Zit.: *Pütz*, Gefahrbegriff)
- Quantz, Tobias*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, Berlin 2005. (Zit.: *Quantz*, Besitz)
- Rabl, Kurt O.*, Der Gefährdungsvorsatz, Breslau-Neukirch 1933. (Zit.: *Rabl*, Gefährdungsvorsatz)
- Rebmann, Kurt (u.a.)* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Sachenrecht, §§ 854-1296, 4. Aufl., München 2004. (Zit.: *MK-Bearbeiter*, BGB)
- Redslob, Robert*, Der zivilrechtliche Besitz und der strafrechtliche Gewahrsam, ZStW 30 (1910), S. 205 ff.
- Rengier, Rudolf*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 12. Aufl., München 2010. (Zit.: *Rengier*, BT 1)
- Rittler, Theodor*, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Band 1, 2. Aufl., Wien 1954. (Zit.: *Rittler*, Lehrbuch 1)
- Rosenberg, Leo*, Die Beweislast auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl., München (u.a.) 1965. (Zit.: *Rosenberg*, Beweislast)
- Rotering*, Über den Gewahrsam im Sinne des § 242 des Strafgesetzbuches, GS 35 (1883), S. 351 ff.
- Roth, Gerald*, Eigentumsschutz nach der Realisierung von Zueignungsunrecht, Eine Neuorientierung im System der Vermögensdelikte, Berlin 1986. (Zit.: *Roth*, Eigentumsschutz)
- Rousseau, Jean-Jacques*, Abhandlung über den Ursprung und die Grundlagen der Ungleichheit unter den Menschen, in: Kurt Weigand (Hrsg.), Schriften zur Kulturkritik, 2. Aufl., Hamburg 1971. (Zit.: *Rousseau*, Ungleichheit)
- Roxin, Claus*, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, S. 373 ff.

- ders.*, Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativ-Entwürfen, JA 1980, S. 545 ff.
- ders.*, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, in: Robert Hauser (u.a.) (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, S. 275 ff. (Zit.: *Roxin*, GS-Noll)
- ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre, Band 1, 4. Aufl., München 2006. (Zit.: *Roxin*, AT 1)
- Rudolphi, Hans-Joachim (u.a.)*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 8. Aufl., München (u.a.) 2005. (Zit.: *SK-Bearbeiter*,)
- ders. (u.a.)*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, 8. Aufl., München (u.a.) 2006. (Zit.: *SK-Bearbeiter*)
- Rüdorff, Hans*, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 3. Aufl., 1881. (Zit.: *Rüdorff*, Kommentar)
- Ruhstrat*, Bemerkungen zum Strafgesetzbuch, GS 24 (1872), S. 128 ff.
- Samson, Erich*, Grundprinzipien des strafrechtlichen Vermögensbegriffs, JA 1989, S. 510 ff.
- Sander, Günther M. (Hrsg.)*, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4, 2. Aufl., München 2012. (Zit.: *MK-Bearbeiter*)
- Satzger, Helmut*, Der Submissionsbetrug, Eine Untersuchung zur Strafbarkeit von Manipulationen bei Ausschreibungsverfahren als Betrug, Berlin 1994. (Zit.: *Satzger*, Submissionsbetrug)
- ders. (u.a.) (Hrsg.)*, StGB, Strafgesetzbuch, Kommentar, Köln 2009. (Zit.: *SSW-Bearbeiter*)
- Saunus, David*, Inwieweit ist der Strafrichter an präjudizielle Entscheidungen des Zivilrichters gebunden?, Diss. jur., Königsberg i. Pr. 1918. (Zit.: *Saunus*, Strafrichter)
- Sax, Walter*, Bemerkungen zum Eigentum als strafrechtlichen Schutzgut, in: *Ius et commercium*, Studien zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Franz Laufke zum 70. Geburtstag, Würzburg 1971 S. 321 ff. (Zit.: *Sax*, FS-Laufke)
- Schmid, Ferdinand*, Die Präsumtionen im deutschen Reichsstrafrecht, Diss. jur., Jena 1884. (Zit.: *Schmid*, Präsumtionen)

- Schmidhäuser, Eberhard*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Tübingen 1975. (Zit.: *Schmidhäuser*, AT)
- ders.*, Strafrecht, Besonderer Teil, Grundriss, 2. Aufl., Tübingen 1983 (Zit.: *Schmidhäuser*, BT)
- Schmidt, Frank-Richard*, Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrugstatbestand, Diss. jur., Göttingen 1970. (Zit.: *Schmidt*, Begriff)
- Schmidt, Richard*, Grundriss des deutschen Strafrechts, Vergleichende Darstellung des geltenden Rechts sowie des geplanten neuen Strafrechts nach dem im Rechtsausschuss des Reichstags beratenen Entwurf von 1927, 2. Aufl., Leipzig 1931. (Zit.: *Schmidt*, Grundriss)
- Schnädelbach, Herbert*, Hegels praktische Philosophie, Ein Kommentar der Texte in der Reihenfolge ihrer Entstehung, Frankfurt am Main 2000. (Zit.: *Schnädelbach*, Philosophie)
- Schönke, Adolf (u.a.)*, Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Aufl., München 1997. (Zit.: Sch/Sch-Bearbeiter, 25. Aufl. (1997))
- Schramm, Edward*, Grundfälle zum Diebstahl, JuS 2008, S. 678 ff.
- Schröder, Horst*, Grenzen des Vermögensschadens beim Betrug, NJW 1962, S. 721 f.
- ders.*, Abstrakt-konkrete Gefährungsdelikte?, JZ 1967, S. 522 ff.
- ders.*, Die Gefährungsdelikte im Strafrecht, ZStW 81 (1969), S. 7 ff.
- Schulenburg Johanna*, Dogmatische Zusammenhänge von Rechtsgut, Deliktsstruktur und objektiver Zurechnung, in: Roland Hefendehl (u.a.) (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 244 ff. (Zit.: *Schulenburg*, Zusammenhänge)
- Schumann, Georg*, Die Anwendbarkeit der §§ 263 und 263,43 RStGB's bei mangelndem Kondiktionsrecht des Getäuschten, Breslau 1911. (Zit.: *Schumann*, Anwendbarkeit)
- Schünemann, Bernd*, Die Freiheitsdelikte im künftigen Strafrecht, MSchrKrim 1970, S. 250 ff.
- ders.*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, Göttingen 1971. (Zit.: *Schü-*

nemann, Grund)

ders., Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, S. 787 ff.

Schwartz, Ernst, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1914. (Zit.: *Schwartz*, Strafgesetzbuch)

v. Schwarze, Friedrich Oskar, Commentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 5. Aufl., Leipzig 1884. (Zit.: *Schwarze*, Commentar)

Seelmann, Kurt/Pfohl, Andreas, Gewahrsam bei Bewusstlosigkeit bis zum Eintritt des Todes?, JuS 1987, S. 199 ff.

ders., Privatrechtlich begründete Garantenpflichten? in: Karsten Schmidt (Hrsg.), Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, Hamburger Ringvorlesung, Berlin 1994, S. 85 ff. (Zit.: *Seelmann*, Garantenpflichten)

Sieveking, Friedrich, Bedeutung und Gültigkeit des Satzes Negantis nulla probation, Diss. jur., Göttingen 1889. (Zit.: *Sieveking*, Bedeutung)

Sina, Peter, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“, Basel 1962. (Zit.: *Sina*, Rechtsgut)

Simmel, Georg, Philosophie des Geldes, hrsg. von David P. Frisby (u. a.), Gesamtausgabe Band 6, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1994.

Sluzewski, Curt, Die Widerlegung von Rechtsvermutungen mit besonderer Berücksichtigung des Erbscheins, Diss. jur., Breslau 1921. (Zit.: *Sluzewski*, Widerlegung)

Soergel, Hans Theodor (u.a.) (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Schuldrecht 10, §§ 823-853, ProdHG, UmweltHG, Band 12, 13. Aufl., Stuttgart (u.a.) 2005. (Zit.: *Soergel/Bearbeiter*)

ders. (u.a.) (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Sachenrecht 2/1, §§ 985-1017, ErbbauVO, Band 15/1, 13. Aufl., Stuttgart (u.a.) 2007. (Zit.: *Soergel/Bearbeiter*)

Soltmann, Adolf, Der Gewahrsamsbegriff in § 242 StGB, Breslau-Neukirch 1934 (Zit.: *Soltmann*, Gewahrsamsbegriff)

Sonnen, Bernd-Rüdiger, Die soziale Zweckverfehlung als Vermögensschaden beim Betrug, JA 1982, S. 593 f.

- Sosnitza, Olaf*, Besitz und Besitzschutz, Sachherrschaft zwischen faktischem Verhältnis, schuldrechtlicher Befugnis und dinglichem Recht, Tübingen 2003. (Zit.: *Sosnitza*, Besitz)
- Spinoza, Baruch de*, Theologisch-politischer Traktat, hrsg. von Günter Gawlick, 3. Aufl., Hamburg 1994. (Zit.: *Spinoza*, Traktat)
- Staudinger, Julius von* (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht, §§ 985-1011 (Eigentum 3), Berlin 2006. (Zit.: *Staudinger/Bearbeiter*)
- Stein, Friedrich*, Das private Wissen des Richters, Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse, Aalen 1969 (Neudruck der Ausgabe Leipzig 1893). (Zit.: *Stein*, Wissen)
- Steinvorth, Ulrich*, Freiheitstheorien in der Philosophie der Neuzeit, 2. Aufl., Darmstadt 1994. (Zit.: *Steinvorth*, Freiheitstheorien)
- Stratenwerth, Günter (u.a.)*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 2011. (Zit.: *Stratenwerth/Kuhlen*, AT)
- Stübinger, Stephan*, Das „idealisierte“ Strafrecht, Über Freiheit und Wahrheit in der Straftheorie und Strafprozessrechtslehre, Frankfurt am Main 2008. (Zit.: *Stübinger*, Strafrecht)
- Suhr, Christian*, Zur Begriffsbestimmung von Rechtsgut und Tatobjekt im Strafrecht, JA 1990, S. 303 ff.
- Taylor, Charles*, Hegel, Frankfurt am Main 1978. (Zit.: *Taylor*, Hegel)
- Temme, Jodocus D. H.*, Die Lehre vom strafbaren Betrüge nach preußischem Rechte, Berlin 1841. (Zit.: *Temme*, Lehre)
- Triffterer, Otto*, Betrug, in: Ambs Friedrich (Hrsg.), Ergänzbare Lexikon des Rechts, Ordner 4, Neuwied, Lieferung Juni 1998 (8/310), S. 1 ff. (Zit.: *Triffterer*, Betrug)
- Volz, Manfred*, Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte, Diss. jur., Göttingen 1968. (Zit.: *Volz*, Unrecht)
- Wachenfeld, Friedrich*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, München 1914. (Zit.: *Wachenfeld*, Lehrbuch)
- Walter, Tonio*, Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland, Heidelberg

1999. (Zit.: *Walter*, Betrugsstrafrecht)
- Warlo, Alfons*, Ueber die Unterschiede von Tatsachenvermutungen und Rechtsvermutungen, Diss. jur., Breslau 1914. (Zit.: *Warlo*, Unterschiede)
- Weber, Ulrich*, Freiheit und Bindung des Strafrichters bei der Beurteilung bürgerlicher Rechtsverhältnisse (§ 262 Abs. 1 StPO), in: Norbert Brieskorn (u.a.) (Hrsg.), Vom mittelalterlichen Recht zur neuzeitlichen Rechtswissenschaft, Bedingungen, Wege und Probleme der europäischen Rechtsgeschichte (Winfried Trusen zum 70. Geburtstag), Paderborn (u.a.) 1994, S. 591 ff. (Zit.: *Weber*, FS-Trusen)
- Weigend, Thomas*, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW 98 (1986), S. 44 ff.
- Weigend, Thomas (u.a.)* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Band 1, 12. Aufl., Berlin 2006. (Zit.: *LK-Bearbeiter*)
- Welzel, Hans*, Das deutsche Strafrecht – eine systematische Darstellung, 11. Aufl., Berlin 1969. (Zit.: *Welzel*, Strafrecht)
- ders.*, Der Gewahrsamsbegriff und die Diebstähle in Selbstbedienungsläden, GA 1960, S. 256 ff.
- Wessels, Johannes (u.a.)*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 34. Aufl., Heidelberg 2004. (Zit.: *Wessels/Beulke*, AT)
- ders. (u.a.)*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 29. Aufl., Heidelberg 2006. (Zit.: *Wessels/Hillenkamp*, BT 2)
- Wieling, Hans*, Grund und Umfang des Besitzschutzes, in: Manfred Harder (u.a.) (Hrsg.), De iustitia et iure, Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag, Berlin 1980, S. 565 ff. (Zit.: *Wieling*, FG-v. Lübtow)
- Wieser, Eberhard*, Der Schadensersatzanspruch des Besitzers aus § 823 BGB – BGH, JZ 1954, 613, JuS 1970, S. 557 ff.
- Wimmer, August*, Diebstahl mittels Verbergens, NJW 1962, S. 609 ff.
- Wohlers, Wolfgang*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, Berlin 2000. (Zit.: *Wohlers*, Deliktstypen)
- Zaczyk, Rainer*, Das Unrecht der versuchten Tat, Berlin 1989. (Zit.: *Zaczyk*, Unrecht)

Zieschang, Frank, Buchbesprechung von *Bommer, Felix*, Grenzen des strafrechtlichen Vermögensschutzes bei rechts- und sittenwidrigen Geschäften, Bern 1996, GA 1997, S. 196 ff.

ders., Der Einfluss der Gesamtrechtsordnung auf den Umfang des Vermögensschutzes durch den Betrugstatbestand, in: Thomas Weigend (u.a.) (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, Berlin (u.a.) 1999, S. 831 ff. (Zit.: *Zieschang*, FS-Hirsch)